



FACULDADE DE DIREITO

**O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO
ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Mestrado em direito e prática jurídica

Especialidade: direito penal

Orientador: professor doutor Francisco Aguiar

Aluno: Frederico Ernesto Cardoso Maciel

N.º de aluno: 57812

Lisboa

2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que, de qualquer modo, contribuíram e me acompanharam nesta caminhada ao aprimoramento do conhecimento jurídico.

ÍNDICE

Resumo.....	6
Palavras-Chave.....	7
Abstract.....	8
Key words.....	9
Introdução.....	10
1. Terminologia: mandado de busca coletivo ou genérico.....	12
2. Estado democrático de direito.....	13
3. Direitos e garantias fundamentais.....	15
3.1. Resolução de conflitos entre direitos fundamentais/constitucionais.....	18
3.1.2. Princípio da proporcionalidade x situação temporária do caso concreto.....	22
4. O direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.....	23
4.1. Âmbito de proteção do direito à inviolabilidade do domicílio.....	28
4.2. Renúncia ao direito à inviolabilidade do domicílio.....	31
4.2.1. Legitimidade para renunciar ao direito à inviolabilidade do domicílio.....	33
4.2.2. Validade do consentimento para renunciar ao direito à inviolabilidade do domicílio.....	37
5. Prova e meio de obtenção de prova.....	43
5.1. As proibições de prova.....	44
6. O mandado de busca e apreensão.....	48
6.1. Requisitos do mandado de busca e apreensão.....	50
6.2. Mandado de busca e apreensão e crimes de catálogo.....	53
7. O mandado de busca e apreensão genérico.....	53
7.1. Situações condicionantes do mandado de busca e apreensão genérico.....	59

7.1.1. Casos em que não é possível o mandado de busca e apreensão genérico - Ideologia como fundamento para autorizar o mandado de busca e apreensão genérico.....	62
7.1.2. Casos em poderá haver a ponderação de direitos fundamentais e a utilização do mandado de busca e apreensão genérico.....	65
7.1.2.1. Situações de normalidade.....	65
7.1.2.1.1. Busca e apreensão em domicílio particular.....	65
7.1.2.1.1.1. Veículos que se encontram estacionados no domicílio.....	70
7.1.2.1.2. O mandado de busca e apreensão genérico nos domicílios profissionais - Escritório de advogados.....	71
7.1.2.1.3. Organização criminal, terrorismo e expedição de mandado de busca e apreensão genérico.....	79
7.1.2.1.4. Mandado de busca e apreensão genérico em veículos automotores.....	84
7.1.2.1.5. A configuração urbana como fundamento para expedição de mandado de busca e apreensão genérico.....	86
7.1.2.1.6. Estabelecimentos penais.....	91
7.1.2.1.6.1. Manutenção dos direitos fundamentais da pessoa presa.....	91
7.1.2.1.6.2. Estrutura dos estabelecimentos penais.....	96
7.1.2.1.6.3. Execução de uma busca e apreensão em uma cela.....	102
7.1.2.1.6.4. Necessidade de mandado de busca e apreensão em uma cela.....	104
7.1.2.1.6.5. Super-lotação, motins e mandado de busca e apreensão genérico.....	114
7.1.2.2. Situações de anormalidade - Crises institucionais - Estado de defesa/emergência e estado de sítio.....	117
8. Conclusão.....	120
9. Bibliografia.....	128

RESUMO

A presente investigação surgiu em razão da medida de intervenção federal da União no Estado do Rio de Janeiro, Brasil, no ano de 2018, com o objetivo de reduzir os índices de criminalidade violenta, e em razão das medidas que poderiam ser tomadas pelo governo brasileiro diante dessa situação excepcional.

Trata-se aqui da primeira vez em que a União se utiliza da excepcional medida da intervenção federal, um instrumento previsto na Constituição da República Federativa do Brasil¹ para, diante de um rol taxativo de situações de anormalidade institucional, retirar temporariamente de um ente federativo sua autonomia.

Uma das medidas anunciadas pelo governo federal foi a possibilidade da adoção do mandado de busca e apreensão genérico, em especial nas residências localizadas nas favelas do Estado, diante da dificuldade de se individualizar as pessoas e os domicílios que serão o alvo da diligência, situação essa oriunda da grande desorganização urbana existente nessas regiões.

O meio de obtenção de prova proposto pelo governo federal não encontra proibição expressa na Constituição da República Federativa do Brasil, tampouco na legislação infraconstitucional, mas deve ter-se em conta que a Constituição determina de forma expressa a inviolabilidade do domicílio como direito fundamental e a legislação infraconstitucional condiciona a busca e apreensão à individualização do local que será o alvo dessa diligência.

Percebe-se, portanto, à partida, que parte da população dessas regiões, sem qualquer ligação com a criminalidade, poderão ser atingidas pela diligência estatal.

É possível a existência de tensão entre direitos e garantias fundamentais, mas precisa ser delineado se os direitos e garantias dessa parte da população, sem vínculo com a criminalidade, e de outras que possam ser afetadas por tal tipo de mandado podem vergar-se diante do direito do Estado na manutenção da ordem.

Propõe-se aqui a análise dos elementos e valores do Estado democrático de direito, das situações de anormalidade da ordem pública e social, dos direitos e

¹ Disponível em WWW<URL: <http://www.planalto.gov.br>>.

garantias fundamentais, notadamente do direito à inviolabilidade do domicílio, do meio de resolução da tensão entre direitos fundamentais, do meio de obtenção de prova consistente do mandado de busca e apreensão e das situações em que poder-se-ia admitir o uso do mandado de busca e apreensão genérico.

Para tanto, a investigação será feita por meio da análise de notícias veiculadas em periódicos, do acervo bibliográfico brasileiro, português e estrangeiro, da legislação e da jurisprudência sobre os temas que fazem parte do presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Estado democrático de direito - Direitos fundamentais - Inviolabilidade do domicílio - Prova proibida - Meios de obtenção de prova - Mandado de busca e apreensão e apreensão genérico.

ABSTRACT

The present investigation arose because of the Federal intervention measure of the Union in the State of Rio de Janeiro, Brazil, with the objective of reducing the rates of violent crime, and of the measures that could be taken by the Brazilian government in the face of this exceptional situation.

This is the first time that the Brazilian government has used this exceptional measure intervention in one of the sovereign federative states, an instrument foreseen in the constitution in order to temporarily withdraw autonomy from a federative state.

One of the measures announced was the adoption of general warrants and seizures, especially in residences located in the slums, because of the difficulty of individualizing the homes that will be the target of the investigation, created by the great urban disorganization that exists in these regions.

The means of collecting evidence proposed by the federal government does not find express prohibition in the constitution of Brazil or in the legislation in general, but it must be taken into account that the constitution expressly determines the inviolability of the domicile as a fundamental right.

It is therefore apparent from the outset that part of the population of these regions, without any connection with crime, could be affected by this measure.

There is tension between rights and fundamental guarantees, but it must be delineated if the rights and guarantees of this part of the population, without any link to crime, and other people that may be affected by this kind of warrant, can be diminished for the maintenance of public order.

It is here proposed a brief but concise analysis of the elements and values of the democratic State of law, situations of abnormality of public and social order, fundamental rights and guarantees, notably the right to inviolability of the home, the means of resolution the tension between fundamental rights, the means of obtaining consistent proof of the search warrant, and the situations in which the use of the collective search warrant could be admitted.

To do so, the investigation will be done through the analysis of news published in periodicals, the bibliographical collection and court decisions of both Brazil and Portugal on the themes that are part of this work.

KEY WORDS: Democratic States - Fundamental rights - Privacy - Evidence - General warrants and seizures.

INTRODUÇÃO

É notória a percepção de que os índices de criminalidade violenta no Brasil, e especialmente na cidade do Rio de Janeiro e suas favelas - comunidades, estão elevados² e que tanto a atuação do Estado, quanto da própria sociedade, não estão surtindo qualquer resultado satisfatório para a redução desse fenômeno.

No ano de 2018, o presidente da República Federativa do Brasil, com o objetivo de pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro causado pela ineficiência do sistema de segurança pública, por meio do Decreto n.º 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, determinou a intervenção da União naquele ente federativo³.

A piora gradativa do sistema de segurança pública brasileira levou o presidente da República a, pela segunda vez em 2018, conforme o Decreto n.º 9.602, de 8 de dezembro de 2018, determinar nova intervenção federal no Estado de Roraima.⁴

A intervenção da União nos entes federados, nos termos do artigo 34 da Constituição da República Federativa do Brasil⁵ é medida excepcional e após a sua vigência a partir de 1988, até o corrente ano de 2018 nunca havia sido decretada, o que por certo trará inúmeras questões práticas e jurídicas.

Logo após a decretação da primeira das intervenções, ventilou-se durante manifestação pública de membros do governo⁶ a possibilidade da utilização de um meio de produção de provas não previsto de forma expressa na legislação brasileira, o mandado de busca e apreensão genérico, sob a justificativa da dificuldade em se utilizar do mandado de busca e apreensão individual nas regiões das favelas, seja em razão do alto grau de desorganização urbana ou seja pela criminalidade violenta

² Disponível em: WWW<URL: <http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/tableau-ocorrencias/>>. Conferir também: IGARAPÉ INSTITUTE. Disponível em: WWW<URL: <http://homicide.igarape.org.br>>.

³ Disponível em: WWW<URL: <http://www.in.gov.br>>.

⁴ Disponível em WWW<URL: <http://www.in.gov.br>>.

⁵ Artigo 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública [...].

⁶ BENITES, Afonso - Exército prepara ordens de busca e apreensão em bairros inteiros do Rio. *El País* [Em linha]. (2018). [Consult. 8 Mar. 2018]. Disponível em: WWW<URL: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/19/politica/1519078828_906789.html>.

que se utiliza dessa desorganização para mimetizar-se com a população de bem, fatores que dificultam ação dos agentes de segurança do Estado nesses locais.

Ressalta-se que o uso do mandado de busca e apreensão genérico não se trata de uma novidade e já foi utilizado no período que antecedeu a declaração de independência dos Estados Unidos da América da Coroa Britânica o que foi uma das principais causas para o rompimento da relação colônia-metrópole, o que será adiante brevemente explorado.

O mandado de busca e apreensão é meio de produção de provas previsto, com contornos semelhantes, tanto na legislação brasileira e portuguesa, e ainda orientado pelos princípios constitucionais de um Estado democrático de direito, o que permitirá uma análise comparada do referido instituto à luz do ordenamento jurídico luso-brasileiro, sem deixar de lançar mão a tratados internacionais que irradiam suas normas sobre a referida matéria.

A ideia de produzir o presente trabalho de investigação surgiu por conta desses atos e manifestação do governo brasileiro e tem por objetivo fixar a possibilidade, ou não, em um Estado democrático de direito, do uso do mandado de busca e apreensão genérico e, em sendo possível, fixar os seus limites.

Para alcançar essa meta entende-se por necessário apresentar o conceito e as características essenciais de um estado democrático de direito, a noção do que sejam os direitos fundamentais, os métodos de resolução de conflitos entre os direitos fundamentais em casos concretos, o conceito e os limites da prova e dos meios de produção de prova, em especial o mandado de busca e apreensão.

Após uma breve exposição desses conceitos, serão apontados quais são os direitos em causa e em conflito em situações de casos hipotéticos nas quais se pretende o uso do mandado de busca e apreensão genérico e quais serão os direitos comprimidos ao se utilizar de uma ponderação para a resolução que se parecer mais adequada aos fins de um Estado democrático de direito.

Inicia-se, desse modo, um estudo que, à partida, não pretende já delimitar a possibilidade, ou não, desse meio de obtenção de prova. Ao contrário, pretende-se, ao longo da investigação, chegar a uma conclusão sustentada nos estudos sobre a legislação, a doutrina, a jurisprudência e a realidade da população que poderá sentir os efeitos desse meio de prova.

1. TERMINOLOGIA: MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO OU GENÉRICO

Crê-se necessária a precisão terminológica a ser utilizada para qualificar o mandado de busca e apreensão que será o objeto da presente investigação.

Não se trata de um preciosismo ou de uma mera questão terminológica sem qualquer alcance prático, mas num trabalho de investigação científica deve ser dado prestígio às expressões que melhor definem o seu objeto.

Em análise às definições encontradas em alguns dicionários da língua portuguesa, é possível perceber que apesar de haver alguma semelhança entre os termos "genérico" e "coletivo", pois ambos servem para qualificar um conjunto de pessoas ou coisas, quando se quer qualificar algo de uma forma mais vaga ou comum, o termo "genérico" parece ser o mais adequado.

Na definição de Aurélio Buarque de Holanda, "coletivo" é definido nos seguintes termos: "[...] 1. Que abrange ou compreende muitas coisas ou pessoas. [...] 4. Que manifesta a natureza ou a tendência de um grupo como tal, ou pertence a uma classe, a um povo, ou qualquer grupo. [...]"⁷ enquanto que o termo "genérico" é definido como "[...] 2. Geral [...] 3. Que tem o caráter de generalidade [...]"⁸

As expressões se mostram um pouco semelhantes, mas Aurélio Buarque de Holanda, ao definir o verbo "generalizar", acaba por indicar o ponto de distinção entre as expressões acima pois para o autor, generalizar é "[...] 2. Tornar comum; propagar, vulgarizar [...] 4. Tornar-se comum a muitos indivíduos."⁹

Antônio Houaiss traz em sua obra algumas definições que também ajudarão a precisar a expressão do objeto da presente investigação.

Segundo o autor, o termo coletividade é definido como "[...] 2 grupo mais ou menos extenso de indivíduos que possuem interesses comuns; agrupamento; agremiação [...]"¹⁰; Coletivo, como "[...] 1 que compreende ou abrange muitas

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5ª Ed. Curitiba: Editora Positivo. 2010. p. 529.

⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. p. 1024.

⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. p. 1024.

¹⁰ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles – *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva. 2001. p. 759.

pessoas ou coisas, ou que lhes diz respeito [...] 2 que pertence a um povo, a uma classe, a um grupo [...]”¹¹; e Genérico, como “[...] 3 expresso ou tratado em termos vagos, gerais [...] ANT específico.”¹²

Ao analisar a definição dada por esses autores, percebe-se que o termo "genérico", apesar de poder ser utilizado para definir um grupo de pessoas ou de regiões, revela um caráter mais impreciso, vago, comum, enquanto o termo "coletivo", ainda que referindo-se a um grupo de pessoas ou coisas, dá a entender que há uma certa unidade, uma certa comunhão que liga essas pessoas ou coisas entre si.

Diante dessas definições, parece que a escolha do termo "mandado de busca e apreensão genérico" se mostra mais adequada do que "mandado de busca e apreensão coletivo", haja vista que o alvo de tal tipo de mandado de busca e apreensão é uma indeterminada quantidade de pessoas, numa área que, apesar de delimitada, não individualiza os locais em que será realizada e ainda por não determinar o que poderá ser apreendido.

É um mandado de busca e apreensão vago, impreciso, que poderá tornar-se comum a vários indivíduos ou coisas que, em tese, não apresentam qualquer relação de unidade entre si.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Jorge Miranda define o Estado de Direito como aquele que “[...] para garantir os direitos dos cidadãos [...] o respeito pela legalidade [seja a mera legalidade formal, seja - mais tarde - a conformidade com valores materiais] se eleva a critério de ação dos governantes.”¹³

A República Federativa do Brasil e a República portuguesa, conforme determina o artigo 1º¹⁴ e o artigo 2º¹⁵ das suas respectivas Constituições, são um

¹¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles – *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. p. 760.

¹² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles – *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. p. 1441.

¹³ MIRANDA, Jorge - *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra editora. 2002. p. 71

¹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]III - a dignidade da pessoa humana [...].

Estado democrático de direito e, seguindo a doutrina de Jorge Miranda acima indicada, estão nessa qualidade obrigadas a cumprir seus preceitos legais, em especial os direitos e garantias fundamentais.

Da lição de Canotilho retira-se a importância desse tipo de Estado para as pessoas, pois "[...] o seu cerne é a proteção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça (especialmente por parte do Estado)".¹⁶

Canotilho continua sua lição ao afirmar que "[...] o princípio do Estado de direito democrático, mais do que constitutivo de preceitos jurídicos, é sobretudo conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional, que densificam a ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança."¹⁷

Vê-se, portanto, que num Estado democrático de direito não há margem para o descumprimento dos princípios e regras que emanam da Constituição sob pena de grave violação da ordem jurídica e do comprometimento da legitimidade que o Estado possui ao disciplinar a vida social.

Mas, conforme se perceberá adiante neste trabalho, não se pode admitir que em qualquer tipo de situação concreta as pessoas estão diante de uma ordem jurídica estanque, pois sempre é possível a ponderação dos princípios que formam essa ordem jurídica.

Essa ponderação tem o objetivo de, num caso concreto em que se verifique um conflito aparente desses princípios, indicar aquele que deverá prevalecer, sem que, contudo, o outro princípio seja declarado como incompatível com o ordenamento jurídico, pois qualquer desvio não permitido pelas regras dessa ponderação será considerado ilegítimo para cumprir os fins do estado democrático de direito.

¹⁵ Artigo 2.º - Estado de direito democrático - A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa. Disponível em WWW<URL: <https://dre.pt>>.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital- *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume 1. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora. 2007. p. 206. Volume 1.

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital- *Constituição da República Portuguesa Anotada*. p. 205.

3. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Conforme a lição de Ireneu Cabral Barreto, "As origens dos Direitos Humanos, entendidos como um conjunto de normas que visam defender a pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos de Estado, perdem-se nas brumas da história e confundem-se na luta do homem pelos direitos e liberdades inerentes à sua condição e dignidade."¹⁸

Percebe-se pela lição acima que, na história, o homem está em luta constante por seus direitos, não havendo sequer um momento em que se possa deles descuidar.

Talvez porque do mesmo modo que é da natureza do homem o desejo pela liberdade, pela paz, pela felicidade, pela segurança, ou seja, pela sua realização plena como pessoa e sujeito de direito, é também da natureza do homem violar, tanto inconscientemente quanto conscientemente, esses direitos.

As Constituições de vários Estados, bem como vários tratados internacionais¹⁹, possuem disciplina sobre os direitos humanos, o que confirma a importância desses direitos à natureza humana²⁰ e o merecimento da proteção estatal dada essa grandiosidade.

Apesar dos direitos humanos não se confundirem com os direitos e garantias fundamentais, estes são derivados daquele e têm por missão a sua efetivação, manutenção e proteção.²¹

Conforme leciona Jorge Miranda, "O Estado, consiste, primordialmente, numa comunidade de pessoas entrelaçadas com um poder institucionalizado. Constituem-no aqueles homens e aquelas mulheres que o seu Direito reveste da qualidade de cidadãos ou súbditos e a que atribui direitos e deveres [...] São muitos e muito diversificados os direitos das pessoas dentro da ordem jurídica estatal. Entre todos

¹⁸ BARRETO, Ireneu Cabral - *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 5ª ed. Coimbra: Almedina. 2015. p. 17.

¹⁹ Conf. por exemplo, a declaração universal dos direitos do homem, o Pacto internacional de direitos civis e políticos, a carta da União Europeia, a Constituição da República Federativa do Brasil, a Constituição da República Portuguesa, entre outros diplomas.

²⁰ BARRETO, Ireneu Cabral - *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. pp. 19 - 20.

²¹ FREITAS, Andre Guilherme Tavares de - *A Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Penal: A Tutela da Vida Humana e da Integridade Física. Uma Perspectiva Jurídico-Constitucional*. p. 23.

avultam os direitos fundamentais ou direitos das pessoas perante o Estado e assentes na Constituição ou Lei Fundamental - direitos fundamentais, por traduzirem essa relação fundamental e por beneficiarem das garantias inerentes à força específica das suas normas."²²

Jorge Miranda ainda aponta que os direitos fundamentais acarretam que não se possa falar na sua existência se não houver um Estado, pois este será o responsável pela sua proteção; que deve ser reconhecida uma parcela de autonomia às pessoas, sob pena de haver Estado totalitário e que deve haver uma Constituição criadora de uma ordem jurídica que regule o poder e a comunidade.²³

Importante ainda apontar que Jorge Miranda afirma que "Em rigor, direitos fundamentais são sempre direitos constantes da Constituição formal. A seu lado fala-se, entretanto, em direitos fundamentais em sentido material para abranger todos os direitos constantes da Constituição em sentido material como conjunto de normas de qualquer natureza que lhes acrescentam novos direitos [...]."²⁴

Ricardo Castilho, ao traçar uma comparação entre as terminologias com relação aos direitos do homem, afirma que "[...] a expressão "direitos humanos" passou a ser a terminologia empregada para designar o conjunto dos direitos do homem já positivados no âmbito internacional [...]. A expressão "direitos fundamentais", por sua vez, restaria utilizada para designar aqueles direitos que já foram reconhecidos e positivados, institucionalmente, pelo direito constitucional interno de cada Estado."²⁵

Apesar da distinção feita entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, e ainda atento à dificuldade de se definir as características básicas dos direitos fundamentais²⁶, Paulo Branco indica que "Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais,

²² MIRANDA, Jorge - *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2017. p. 11.

²³ MIRANDA, Jorge - *Direitos Fundamentais*. pp. 12-13.

²⁴ MIRANDA, Jorge - *Direitos Fundamentais*. p. 15.

²⁵ CASTILHO, Ricardo - *Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 202.

²⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Bonet - Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais - Tópicos de Teoria Geral*. In MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet - *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 158.

atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça."²⁷

Independentemente da terminologia e do preciosismo acadêmico, fica claro que os direitos fundamentais têm como sujeito, em especial, a pessoa humana (a pessoa jurídica também é sujeito de direitos fundamentais correspondentes à sua natureza peculiar) e como objetivo garantir a sua dignidade, liberdade, intimidade, privacidade e segurança.

E para relevar ainda mais a importância dos direitos fundamentais num Estado democrático de direito, Paulo Branco afirma, ao tratar de sua dimensão objetiva, que "Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. [...] Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-se para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático. Essa dimensão objetiva produz consequências apreciáveis. Ela faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado."²⁸

Também importa frisar que os direitos fundamentais não são os mesmos em cada Estado soberano e nem foram os mesmos ao longo da história.²⁹

Mas em se tratando de um Estado que se denomina democrático de direito, conforme já analisado anteriormente, há de se entender um mínimo de direitos que devam existir, em especial quando se trata de direitos cujo âmbito de proteção é a dignidade humana.

Há vários direitos e garantias fundamentais espalhados no texto de uma Constituição e numa leitura desatenta e desprovida de bagagem jurídica, poder-se-ia chegar à conclusão equivocada de que o exercício ou extensão deles são ilimitados.

²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Bonet - Teoria Geral dos Direitos Fundamentais... p. 159.

²⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Bonet - Teoria Geral dos Direitos Fundamentais... pp. 190-191.

²⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Bonet - Teoria Geral dos Direitos Fundamentais... p. 163.

Mas a vida é complexa e aqui vale recordar o dito que o direito de um vai até onde começa do direito de outro, pois a ninguém é dada a plenitude de um direito se tal plenitude acarreta a diminuição injustificada do direito de outrem.

Paulo Branco identifica isso em sua obra ao afirmar que "Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quanto enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais."³⁰

As esferas jurídicas individuais devem, tal qual células no corpo dos seres vivos, alinhar-se, evitar choques desnecessários e manter a harmonia funcional do meio em que se encontram.

Em sendo possível que haja a colisão entre esses direitos fundamentais, a ciência do direito acaba por preocupar-se em métodos para resolução do problema dado pelo caso concreto, o que passa a ser analisado no ponto seguinte.

3.1. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS/CONSTITUCIONAIS

Paulo Branco, acerca da colisão entre direitos fundamentais, inicia sua lição ao afirmar que "Ultimamente, a doutrina tem sido convidada a classificar as normas jurídicas em dois grandes grupos (o dos princípios e o das regras)."³¹ E continua ao apontar que "No âmbito dos direitos fundamentais, porém, normas que configuram princípios são mais frequentes."³²

Um autor que bem explorou a teoria dos direitos fundamentais foi Robert Alexy e por tal motivo sua doutrina merece espaço neste trabalho de investigação.

O autor acima citado afirma que "Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais."³³

³⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Bonet - Teoria Geral dos Direitos Fundamentais... p. 163.

³¹ BRANCO, Paulo Gustavo Bonet - Teoria Geral dos Direitos Fundamentais... p. 209.

³² BRANCO, Paulo Gustavo Bonet - Teoria Geral dos Direitos Fundamentais... p. 209.

³³ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2015. p. 85.

Para Alexy, tanto as regras quanto os princípios são normas pois traduzem aquilo que, para o ordenamento jurídico, deve ser e nesse caminho a distinção entre eles nada mais é do que a distinção entre duas espécies de normas.³⁴

Continuando sua lição, Alexy aponta que dentre os vários critérios para diferenciar regras de princípios, o mais utilizado é o da generalidade, segundo o qual os princípios são normas com grau de generalidade mais elevado do que as regras.³⁵

Alexy ainda aponta que a pedra de toque para a distinção entre as regras e os princípios "é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes"³⁶ enquanto as regras "são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos."³⁷

Alexy leciona que se identifica com maior clareza a distinção entre regras e princípios "nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras".³⁸

No caso de conflito entre regras, somente haverá uma solução se houver uma "cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida."³⁹

Já no caso de colisão entre princípios, Alexy aponta que a solução deve ser diversa daquele apresentada para o conflito entre regras e a diferença básica é que nesse caso, em relação ao princípio que será comprimido, não haverá declaração de invalidade com a consequente exclusão do ordenamento jurídico nem há a necessidade de se introduzir uma cláusula de exceção.⁴⁰

Ainda, se extrai da lição de Alexy que num determinado caso concreto, um princípio poderá prevalecer enquanto noutro caso concreto, sob condições diversas daquele primeiro, o mesmo princípio poderá ser comprimido.⁴¹

³⁴ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 87.

³⁵ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 87.

³⁶ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 90.

³⁷ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 91.

³⁸ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 91.

³⁹ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 92.

⁴⁰ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 93.

⁴¹ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. pp. 93-94.

Seguindo a lição de Alexy, verifica-se que o conflito entre os deveres deve ser solucionado por meio de uma ponderação cujo objetivo "é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto[...]"⁴²

Mas deve ser questionado quais são as condições que, num caso concreto, poderão autorizar a preponderância de um princípio sobre o outro.

"Por isso é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana."⁴³

Alexy defende "que a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza."⁴⁴

Alexy leciona que as normas de direitos fundamentais podem ser tanto princípios quanto regras. "As garantias estabelecidas diretamente pelas disposições de direitos fundamentais devem ser compreendidas como princípios. Regras surgem da fixação de relações de precedência como resultados de sopesamentos."⁴⁵

Portanto, num caso concreto, em seguindo a lição de Alexy, torna-se essencial identificar quais os princípios que estejam em colisão, ou melhor, quais os direitos fundamentais que estejam em colisão para, após a ponderação do interesse desses direitos no caso concreto, decidir pela aplicação daquele que apresentará a melhor solução para o caso, sempre observando os fins do Estado democrático de direito.

Em relação à limitação dos direitos fundamentais, Gilmar Mendes defende que "A definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para a análise de qualquer direito fundamental".⁴⁶

⁴² ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 95.

⁴³ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 113.

⁴⁴ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 117.

⁴⁵ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 121.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira - *Limitações dos Direitos Fundamentais*. In MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet - *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 220

De acordo com Gilmar Mendes, "o âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica [...] e a consequência comum, a proteção fundamental. Descrevem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais."⁴⁷

Continua Gilmar Mendes a lecionar que "[...] faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (O que é efetivamente protegido?), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção. Não integraria o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito. [...] Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo."⁴⁸

Mas a identificação do âmbito de proteção, conforme Gilmar Mendes, não é uma tarefa simples e não há uma fórmula precisa para isso, pois cada direito exige um procedimento determinado⁴⁹, mas em geral deve ter-se sempre em consideração "a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma); b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva."⁵⁰

Um exemplo, e que é um ponto central do presente trabalho, é a identificação do âmbito de proteção do direito à inviolabilidade do domicílio, que se traduz na proteção à dignidade humana, à intimidade, à privacidade, e à segurança, mas que por expressa previsão constitucional (cláusula de restrição ou de exceção), essa proteção cede ante a casos de flagrante delito de crime, ou desastre, ou para prestação de socorro ou ainda ante a casos em que, ainda não previstos na Constituição, estão previstos na legislação infraconstitucional e disciplinam a proteção a outros direitos constitucionalmente relevantes, como a saúde pública.

Há ainda direitos fundamentais que não encontram restrição expressa no texto constitucional e, nesses casos, Gilmar Mendes adverte: "Daí a necessidade de

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira - Limitações dos Direitos Fundamentais... p. 220.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira - Limitações dos Direitos Fundamentais... p. 221.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira - Limitações dos Direitos Fundamentais... p. 222.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira - Limitações dos Direitos Fundamentais... p. 222.

que eventual limitação de direitos fundamentais, sem reserva legal expressa, assente-se também em norma constitucional."⁵¹

Em seguida, em relação às restrições dos direitos fundamentais, sejam elas expressas ou não, Gilmar Mendes pondera que "É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas."⁵² E essas restrições, por certo, decorrem do próprio texto constitucional e dos princípios norteadores de um Estado democrático de direito.

Paulo Branco ainda leciona, quanto às restrições dos direitos fundamentais, que elas "[...] hão de vir estipuladas em lei que defina casa estatuto especial. Faltando a lei, há de se recorrer aos princípios de concordância e de ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial."⁵³

Em suma, diante dessas lições, extrai-se que há ponderações a serem feitas com o objetivo de conformar esses direitos e garantias fundamentais e permitir a harmonia da ordem jurídica. Isso porque, diante de um conflito, o caso concreto delimitará a relevância de ambos e qual prevalecerá, sem que um deles seja excluído do ordenamento jurídico.⁵⁴

3.1.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE X SITUAÇÃO TEMPORÁRIA DO CASO CONCRETO

Releva para o presente trabalho indicar que no momento da resolução da colisão de direitos fundamentais, ou da colisão desses direitos com outros de caráter constitucional, em especial na análise das circunstâncias do caso concreto, deve ter-se em conta se parte dessas circunstâncias se traduz num dever constitucional do Estado democrático de direito e se o Estado está cumprindo com zelo esse dever.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira - Limitações dos Direitos Fundamentais... p. 240.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira - Limitações dos Direitos Fundamentais... p. 241.

⁵³ BRANCO, Paulo Gustavo Bonet - Teoria Geral dos Direitos Fundamentais... pp. 218-219.

⁵⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Bonet - Teoria Geral dos Direitos Fundamentais... p. 210.

O Estado democrático de direito, em especial a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, é obrigado por força de preceitos constitucionais a uma série de deveres, de prestação e de abstenção.

Sem se aprofundar na questão constitucional da "reserva do possível", não se pode conceber, diante desses deveres impostos ao Estado, que ele, em especial por ineficiência da administração, por inaptidão ou corrupção, crie situações onde haverá a proliferação da existência de crimes e cuja investigação demandará permanentemente a compressão dos direitos fundamentais.

O Estado não pode, por culpa própria, criar o caos para, sob essa justificativa, autorizar-se a comprimir os direitos fundamentais, pois estará utilizando-se da própria torpeza para legitimar essa compressão, mas ao mesmo tempo, se a situação concreta o exigir, poder-se-á admitir tal compressão, o que somente poderá acontecer em situações extraordinárias, inusitadas, pois também não se pode admitir que o crime se aproveite da ineficiência do Estado como escudo para suas atividades perniciosas.

Ainda nessas situações de extraordinária poder-se-ia considerar como elemento de legitimação da compressão dos direitos fundamentais a exigência do Estado em, ao menos, iniciar ações para a sua correção sob pena de se ter, após certo período de tempo, a exceção como a regra.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

A casa é tão sagrada que até os mortos têm direito a ela e, do mesmo modo como os vivos, direito a que ela não seja violada.

Há vários exemplos desse tipo de proteção ao longo da história dos diversos povos, mas se ilustra aqui o caráter sagrado dessa morada eterna com o costume dos romanos, para quem os mortos eram considerados divindades e suas sepulturas, templos.⁵⁵

⁵⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto - *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 418. Vol. 3.

E tão sagrado continua esse costume ao longo dos milênios que tal morada ainda merece a proteção do direito constitucional e penal luso-brasileiro, conforme o artigo 254º Código penal português⁵⁶ e o artigo 250 do Código penal brasileiro⁵⁷

Claro que a morte extingue a personalidade jurídica, mas quando se fala no respeito à inviolabilidade da morada dos mortos, está falando-se do respeito ao direito dos vivos que tinham alguma relação de afeto com o morto e essa relação de afeto, por suas peculiaridades, merece a proteção da ordem jurídica.

E nesse ponto, importa perceber que os direitos que estão em causa na proteção da imagem, do respeito, da memória dos mortos, são os direitos fundamentais à dignidade humana, à intimidade, à privacidade e à personalidade, os mesmos quando se fala na inviolabilidade do domicílio.

Se para os mortos a morada é sagrada, para os vivos há ainda maior razão para o ser, até mesmo porque nessa questão há mais um direito que influenciará as relações jurídicas referentes à inviolabilidade do domicílio, que já não diz respeito aos mortos: o direito à segurança.

Pergunta-se a qualquer pessoa se o seu desejo é viver ao relento, desprotegida, sem conforto, com sua intimidade devassada e logo já se recebe, se não num tom mais que enfático, uma resposta negativa.

E tal resposta reflete que é da natureza do ser humano ter um abrigo, um recanto, qualquer tipo de espaço reservado onde terá sua privacidade, sua intimidade, sua segurança e o seu conforto, seja no mais belo castelo, mansão ou apartamento, seja numa simples cabana, tapera, tenda ou ainda numa caverna.

Em apoio a essa conclusão, Lewis Mumford escreveu que "antes da cidade, houve a pequena povoação, o santuário, e a aldeia; antes da aldeia, o acampamento, o esconderijo, a caverna, o montão de pedras [...]".⁵⁸ E continua o autor a afirmar a importância da caverna, o mais primitivo abrigo, por ser o ambiente periodicamente utilizado pelo homem como moradia⁵⁹, conduta que já adjetiva o

⁵⁶ Disponível em WWW<URL: <http://www.pgdlisboa.pt>>.

⁵⁷ Disponível em WWW<URL: <http://www.planalto.gov.br>>.

⁵⁸ MUMFORD, LEWIS - *A Cidade na História: Suas Origens, Desenvolvimento e Perspectivas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1982. p. 11.

⁵⁹ MUMFORD, LEWIS - *A Cidade na História...* p. 13.

homem como destinado a vida cívica⁶⁰, em sociedade, numa constante conformação e ajeitamento dos direitos de uns e outros.

A história também indica a existência de vários ordenamentos jurídicos dos quais se extrai a necessidade do homem em proteger sua morada, como o Código de Manu, o Código de Hamurabi e ainda livros de ordenação religiosa como o velho testamento.⁶¹

Dinorá Adelaide Musetti também escreveu que "fosse caverna, choupana, ou qualquer outro o meio de habitação característico do estado social do homem primitivo, ele sempre se protegeu, a começar por paredes que os resguardassem de animais, dos outros homens, das chuvas, do calor, do frio e de outros fatos do mundo exterior. Desde cedo a casa funcionou para o homem como seu 'casco' ou sua 'couraça'".⁶²

O jurista Nelson Hungria, ao comentar em sua obra de direito penal sobre o crime de violação de domicílio disposto do artigo 150 do Código penal brasileiro, cita com muita propriedade: "Lord Chatam, no Parlamento britânico, proclamava, num rasgo de eloquência: 'O mais pobre dos homens pode desafiar na sua cabana as fôrças da Coroa. Embora a moradia ameace ruína, ofereça o teto larga entrada à luz, sobre o vento através das frinchas, a tempestade faça de tôda a casa o seu ludibrio, nada importa: acha-se garantida a choupana humilde contra o Rei da Inglaterra, cujo poder vai despedaçar-se contra aquêle miserável reduto".⁶³

Vale também citar a lição de Helio Tornaghi, sobre a importância da inviolabilidade do domicílio: "A existência dessas regras, quer da Constituição, quer do Código de Processo Penal, é uma das maiores e das mais belas conquistas da humanidade. Pensar que o indivíduo encontra em algum lugar, e que êsse lugar é a sua casa, um refúgio seguro dentro do qual pode tranquilamente viver, repousar, trabalhar, amar, cercado daqueles a quem preza; considerar que diante das fracas paredes, acaso de argila ou palha, se esboroa, por fôrça de um preceito legal inerme e sem outro poder que não seja sua autoridade espiritual, todo o aparato de um

⁶⁰ MUMFORD, LEWIS - *A Cidade na História...* p. 14.

⁶¹ PAIXAO, Ana Clara Victor da - A Busca e a Apreensão no Processo Penal. *Cadernos do Ministério Público do Paraná*. Curitiba. V. 4. nº. 5. (jun. 2001). p. 28.

⁶² MUSETTI, Dinorá Adelaide - *Inviolabilidade do Domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros. 1993. p 13.

⁶³ HUNGRIA, Nelson - *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1958. Volume VI. p. 206.

Estado organizado e poderoso, é algo que deve servir de conforto e de honra aos povos que consagram e respeitam essa garantia constitucional, que observam e acatam êsses dispositivos legais. Devemos até amar uma Constituição e um código que nos protegem contra os vendavais da prepotência."⁶⁴

É no aconchego do lar, seja este como for, que o ser humano tem garantida a sua intimidade, sua privacidade, sua segurança e o seu conforto. Por tal motivo, reconhece-se o direito fundamental à sua proteção.

Walter Ceneviva, ao lecionar sobre o direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, indica que não se trata de um direito absoluto pois a própria Constituição dispõe de forma expressa os casos em que a inviolabilidade pode ceder ante outros interesses, mas fora das exceções constitucionais, "[...] de interpretação restritiva, a violação será sempre criminosa".⁶⁵

Com efeito, a ninguém é dado utilizar-se da proteção constitucional à inviolabilidade do domicílio para a prática de atos que atentem contra outros direitos e garantias fundamentais e ainda contra os princípios, a ordem ou a existência do Estado democrático de direito.

Seria um disparate admitir que o Estado possa, ao mesmo tempo, proteger aquilo que foi criado para evitar.

Desse modo, o Estado levanta a proteção ao domicílio no momento em que o seu exercício transmuta-se em abuso desse direito, ocorrendo no caso concreto a ponderação dos direitos de acordo como seu âmbito de proteção.

Também se verifica que o direito a inviolabilidade do domicílio mereceu destaque em tratados internacionais, o que demonstra a sua importância para que qualquer pessoa possa ter uma vida digna.

A Declaração universal dos direitos do homem de 1948, expedida pela Organização das Nações Unidas - ONU, consagra em seu artigo 12 que "*No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or*

⁶⁴ TORNAGHI, Hélio - *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1959. Volume V. pp. 197-198.

⁶⁵ CENEVIVA, Walter - *Direito Constitucional Brasileiro*. p. 134.

correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks."⁶⁶

O Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos, concluído em 1966 na cidade de New York/NY, USA, e com entrada em vigor no ano de 1976, obriga vários Estados, dentre eles a República Federativa do Brasil e Portugal, e dispõe em seu artigo 17: "*1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation. 2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.*"⁶⁷

A Convenção europeia dos direitos do homem, concluída em 1963 no âmbito do Conselho da Europa também reconhece a importância do direito à inviolabilidade do domicílio ao dispor em seu artigo 8º: "*1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*"⁶⁸

As restrições à inviolabilidade do domicílio estão expressamente previstas nas Constituições da República Federativa do Brasil e da República portuguesa e, em regra, dizem respeito a situações de prática de crime em seu interior (flagrante delito), ou de prioridade de defesa de outros direitos e garantias individuais no caso concreto, como o salvamento de pessoas em perigo.

Necessário afirmar que o Pacto internacional de direitos civis e políticos vinculam tanto a República Federativa do Brasil quanto Portugal, pois aquela o incorporou em sua ordem jurídica por meio do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992⁶⁹ e esta por meio da Lei n.º 29/78, de 12 de Junho⁷⁰ e a Convenção europeia dos direitos humanos e a Declaração universal dos direitos humanos vincula Portugal, pois este depositou o instrumento de ratificação daquela Convenção no dia

⁶⁶ Disponível em WWW<URL: <http://www.un.org>>.

⁶⁷ Disponível em WWW<URL: <https://treaties.un.org>>.

⁶⁸ Disponível em WWW<URL: <https://www.coe.int/en/web/portal/home>>.

⁶⁹ Disponível em WWW<URL: <http://www.planalto.gov.br>>.

⁷⁰ Disponível em WWW<URL: <https://dre.pt>>.

9 de novembro de 1978⁷¹ e o artigo 16º da Constituição da República Portuguesa determina de forma expressa que "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem", e todos os tratados, assim como também o fazem as respectivas Constituições, estabelecem as restrições do direito à inviolabilidade do domicílio.

A importância desses tratados na interpretação da ordem jurídica interna é realçada por Canotilho quando afirma que "O entendimento dos direitos fundamentais constitucionais não pode ignorar a internacionalização do reconhecimento e da protecção dos direitos humanos que se seguiu à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal dos Direitos Humanos [...]".⁷²

Contudo, há outras situações de compressão do direito à inviolabilidade do domicílio que não estão expressamente previstas no texto constitucional, nem nos tratados, seja pela riqueza de situações que a vida cria, seja pela opção da técnica normativa de não criar um rol por demasiado extensivo, ou ainda taxativo.

São casos, por exemplo, de saúde pública, de expropriação de bens, de prisão de pessoas, de busca e apreensão de instrumentos e produtos de crime, dentre várias outras hipóteses. De qualquer sorte, como limite ao poder do Estado, a ordem jurídica brasileira e a portuguesa determinam que nessas situações torna-se necessária, em regra, uma autorização judicial para que se abram as portas do domicílio alheio.⁷³

4.1. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

Importante colacionar a lição de Canotilho ao indicar que "Não se consideram <<candidatos positivos>> do âmbito de protecção do direito à inviolabilidade do domicílio nem a recolha, nem o tratamento de dados relacionados com uma

⁷¹ BARRETO, Ireneu Cabral - *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 31.

⁷² CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. p. 323.

⁷³ O Código de processo penal português faz ressalva que em alguns casos a busca domiciliária pode ser ordenada pelo Ministério Público.

determinada habitação (fotografia da habitação, registro de visitantes), embora isso possa cair no âmbito normativo de outros direitos (desenvolvimento da personalidade, intimidade da vida privada). De igual modo, ficam fora do âmbito de protecção determinadas agressões à habitação e ao morador da habitação, como poluições (poeiras, ruídos, cheiros); que em todo caso, podem merecer protecção constitucional com fundamento em outros direitos fundamentais [...]. O domicílio não é violado somente quando se entra na morada de alguém sem o seu consentimento. Os modernos meios técnicos possibilitam a invasão e devassa do domicílio mediante meios electrónicos, que, além disso, permitem também a devassa das conversas e da vida privada dos moradores. A inviolabilidade do domicílio é seguramente incompatível com tais mecanismos."⁷⁴

João Gualberto Garcez Ramos, ao fazer um estudo sobre os princípios penais da quarta emenda do *bill of rights* da Constituição norte-americana, aponta como a suprema corte daquele país evoluiu seu entendimento sobre o âmbito de protecção do princípio da inviolabilidade do domicílio e ver-se-á que tal entendimento está em consonância com a opinião de Canotilho.

Segundo João Ramos, "Até o julgamento de *Katz v. United States*, 389 US 347 (1967), a Suprema Corte fundamentava as garantias no direito de propriedade, por meio do que se convencionou denominar de "doutrina da invasão" (*trespass doctrine*). Depois de *Katz*, a fundamentação utilizada pela Suprema Corte haveria de mudar."⁷⁵

Se o âmbito de protecção do princípio da inviolabilidade do domicílio é apenas a propriedade, seria possível, desse modo, que o Estado utilizasse qualquer elemento de prova obtido através de meios de investigação que não acarretassem a invasão física do domicílio, o que poderia ocorrer mesmo sem a utilização de um mandado de busca e apreensão.⁷⁶

⁷⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. pp. 540-541.

⁷⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 128.

⁷⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. p. 128.

Contudo, segundo o autor, "Os progressos obtidos no campo da eletrônica demonstraram que essa forma restritiva de ver o problema não resolvia nenhuma questão relevante a respeito."⁷⁷

Com efeito, é possível compreender que o avanço da tecnologia, em especial daquelas ligadas à investigação e capazes de captar sons e imagens sem a necessidade de invasão física de um domicílio, conclamou uma progressão no modo de se interpretar o princípio da inviolabilidade do domicílio.

João Ramos explica que no caso *Katz*, que tratava de uma interceptação telefônica de transmissão ilegal de resultados esportivos, a Suprema Corte norte-americana consolidou o entendimento de que "[...] a atividade de espionagem por parte do Estado viola uma "expectativa de privacidade" do imputado, que confiou justamente estar se comunicando ao telefone sem que ninguém o estivesse escutando."⁷⁸ E acrescenta ainda a manifestação de Potter Stewart, juiz que "[...] liderou a opinião da Suprema Corte: " [...] As atividades estatais de escuta eletrônica e gravação das palavras do imputado violaram a privacidade sobre a qual ele justificadamente confiou ao falar ao telefone e, assim, devem ser consideradas 'busca e apreensão' no sentido da 4ª emenda. O fato de que o equipamento eletrônico não ultrapassou os muros da propriedade do imputado não tem significação constitucional."⁷⁹

Na mesma linha, autora Ana Paixão afirma que "enquanto no Brasil prossegue a discussão sobre os significados dos termos "casa" e "domicílio", a fim de se estabelecer a extensão da proteção legal, os Tribunais norte-americanos já ultrapassaram há muito tempo a questão, decidindo que a proteção constante da IV Emenda recai sobre todo e qualquer local onde o indivíduo possa ter uma legítima expectativa de privacidade. É a chamada *Legitimate Expectation of Privacy Doctrine*, ou Doutrina da Legítima Expectativa de Privacidade".⁸⁰

E continua ao concluir sobre a doutrina acima citada que "[...] até mesmo locais abertos ao público podem encontrar-se, em determinadas situações, sob a proteção da lei, desde que, num determinado momento, a pessoa que os esteja

⁷⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. p. 130.

⁷⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. p. 130.

⁷⁹ POTTER, Stewart *cit. por* RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. pp. 130-131.

⁸⁰ PAIXAO, Ana Clara Victor da - *A Busca e a Apreensão no Processo Penal...* p. 30.

utilizando não espere ser observado, nem pretenda, de qualquer modo, dividir com as demais pessoas as atividades ou assuntos dos quais se ocupa. Nisso consiste a "legítima expectativa de privacidade".⁸¹

Desse modo, o âmbito de proteção do princípio da inviolabilidade do domicílio não é apenas a propriedade, mas também a dignidade, a intimidade, a privacidade e a segurança e estes princípios deverão orientar a legitimidade de um mandado de busca e apreensão, especialmente se nesse mandado não houver a individualização da pessoa, do local e do objeto alvo da diligência estatal.

4.2. RENÚNCIA AO DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

É interessante trazer para o presente trabalho o modo pelo qual, na aplicação dos princípios do *bill of rights* da Constituição dos Estados Unidos da América, são feitas as distinções entre aqueles que dizem respeito ao indivíduo e aqueles que dizem respeito a todo o sistema de garantias do processo penal americano.⁸²

Entende-se que no caso dos princípios que dizem respeito somente ao indivíduo, é possível que o próprio indivíduo abra mão deles sem que se comprometa o sistema de justiça criminal.⁸³

Já no caso em que os princípios dizem respeito a todo sistema de justiça criminal, ou nas palavras de João Gualberto Garcez Ramos, "[...] ao estabelecerem um *standard* [...]"⁸⁴ não se confere ao indivíduo a possibilidade de renunciá-los, pois tais princípios são a base de todo o sistema.⁸⁵

João Gualberto Garcez Ramos fornece dois exemplos dos casos retro mencionados que por sua vez foram objeto de análise pela Suprema Corte norte-americana.

Nas palavras do autor, ao dar um exemplo do primeiro caso, "A Suprema Corte decidiu, em *Patton v. United States*, 281 US 276 (1930), que o julgamento pelo

⁸¹ PAIXAO, Ana Clara Victor da - A Busca e a Apreensão no Processo Penal... p. 31.

⁸² RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. p. 110.

⁸³ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. pp. 110-111.

⁸⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. p.111

⁸⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. p.111.

júri (*right to trial by jury*) é um direito do acusado e não um *standard* processual."⁸⁶
Daí decorre que o acusado pode, a depender de sua conveniência, solicitar que seu caso seja julgado por um juiz singular.

Como exemplo do segundo caso, em que os princípios são *standard* de todo o sistema processual criminal, o citado autor menciona a publicidade dos julgamentos. Na sua lição, "Nem o juiz, nem o promotor, nem o imputado têm direito a abrir mão de um processo público, a não ser nos casos em que, por circunstâncias específicas, certos momentos processuais devam ser realizados em sigilo."⁸⁷

Torna-se necessário, diante desse raciocínio, precisar se o direito à inviolabilidade do domicílio decorre de um princípio que diz respeito tão somente ao próprio indivíduo, e nessa qualidade ser passível de renúncia, ou se é parte de todo o sistema processual penal, caso em que o indivíduo não terá a oportunidade de renunciá-lo.

Ao continuar a análise da obra de João Ramos, ele já indica que "Muitas vezes, entretanto, essa diferença não é tão clara."⁸⁸

Parece que, para o autor, alguns princípios podem ser ao mesmo tempo referentes ao próprio indivíduo e a todo o sistema, pois na sua opinião sobre o princípio da proibição da auto incriminação disposto na 5ª emenda da Constituição norte-americana, ele pode ser "[...] do ponto de vista do intérprete, ao mesmo tempo, um privilégio e um *standard* processual. Do ponto de vista do imputado, confere-se-lhe a faculdade de não depor no processo que eventualmente se instaure contra ele; do ponto de vista do Estado, é um padrão processual, pois o impede, em qualquer hipótese, de compelir o imputado a depor nesse mesmo processo como testemunha."⁸⁹

Extraí-se, desses ensinamentos, que, na verdade, apesar de haver uma distinção entre os princípios, ela não é estanque e poderá ser vista como as duas faces de uma mesma moeda a depender do contexto em que se analisa se o princípio é um privilégio do indivíduo, e por isso renunciável, ou se o princípio é um *standard* do sistema, e nessa qualidade irrenunciável.

⁸⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. p.111.

⁸⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. p.111.

⁸⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. p.111.

⁸⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. p.111.

Nessa linha de raciocínio, pode ser dito que o princípio da inviolabilidade do domicílio, na sua face de privilégio do indivíduo, pode ser renunciável, mas a legitimidade dessa renúncia dependerá, por certo, do contexto fático em que é feita.

É importante frisar tal questão pois, ainda que a autoridade policial, ou qualquer outra que faça às suas vezes, resolva proceder a uma busca e apreensão despida de um mandado e ainda baseada em critérios genéricos, essa ação terá o mesmo efeito de um mandado de busca e apreensão genérico, pois, repita-se, as pessoas, os locais e os objetos a serem apreendidos não serão individualizados e ficarão ao alvedrio da vontade do agente policial.

Já se aponta, com esse raciocínio, que, *a priori*, a generalidade parece não se conformar com os princípios que sustentam o direito à inviolabilidade do domicílio, mas ainda é preciso ir além pois ainda é cedo para concluir sobre a possibilidade, ou não, da utilização de um mandado de busca e apreensão de caráter genérico.

Surgem, então, duas questões a serem tratadas acerca do consentimento dado com fins de renunciar à inviolabilidade do domicílio. Uma é a da pessoa legitimada a proferir esse consentimento e a outra é a validade desse consentimento.

4.2.1. LEGITIMIDADE PARA RENUNCIAR AO DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

Não será qualquer pessoa que terá o poder, a autonomia e conseqüentemente a legitimidade para consentir diante de uma solicitação solene e esclarecida de agentes do Estado para adentrar em um domicílio.

Um domicílio pode estar sob o poder de seu proprietário, mas pode haver momentos em que naquele local haverá um arrendatário, uma pessoa com qualquer título que autorize o exercício da posse, ou ainda terceira pessoa com mera detenção sobre o bem. E haverá casos em que, nas mesmas situações anteriores, haja o condomínio, a composses ou mais de uma pessoa com mera detenção sobre o bem.

Nessa parte, o direito civil estará inevitavelmente ligado ao direito penal e ao direito processual penal e desse modo deverão ser observadas as suas disposições para determinar se tal e qual pessoa tem a legitimidade de prestar o consentimento para que agentes do Estado entrem no domicílio alheio.

Contudo, a análise da legitimidade do consentimento não dependerá tão somente das normas de direito civil sobre os bens, mas das normas constitucionais que dispõe sobre a proteção da intimidade e da privacidade. Ver-se-á, ainda, que essas normas também se encontram interligadas, não podendo ser separadas no momento em que se faz a interpretação do fato.

Em análise ao acórdão de 7/4/2015 do Tribunal da Relação de Évora no processo n.º 135/14.2GBABF⁹⁰, verifica-se que o Tribunal entendeu ilegal, e portando inválida, a prova colhida por meio de uma busca e apreensão num domicílio arrendado, mas cujo consentimento foi prestado pelo proprietário.

Para o Tribunal, a pessoa com legitimidade para prestar o consentimento não é necessariamente a pessoa visada com a diligência, no caso o arguido, mas a pessoa que "tiver a livre disponibilidade em relação a esse lugar." E o tribunal ainda frisou em sua decisão que "Então, cumpre aferir casuisticamente, da legitimidade para dar consentimento válido e eficaz, legitimidade que assiste ao titular dos valores ou interesses em nome de cuja salvaguarda a lei decretou a inviolabilidade do espaço e, não necessariamente o arguido dos autos."

Prevaleceu, portando, que o consentimento somente poderia ser dado pelo arrendatário, ou seja, a pessoa que detinha a posse sobre o bem.

O Tribunal da Relação de Évora, no acórdão de 17/09/2009 no processo n.º 549/08.7PBBJA-A.E1⁹¹ já havia analisado matéria semelhante.

Nesse último caso, numa busca domiciliar feita por agentes da polícia, o consentimento foi dado por um familiar do visado e durante a busca e apreensão se adentrou no quarto do visado onde ali foi encontrado prova que foi utilizada em procedimento criminal.

Ao tratar da legitimidade para dar o consentimento, constou nessa decisão "[...] que consabidamente, só assiste ao titular dos valores ou interesses em nome

⁹⁰ Disponível em WWW<URL: <http://dgsi.pt>>.

⁹¹ Disponível em WWW<URL: <http://dgsi.pt>>.

de cuja salvaguarda a lei decretou a inviolabilidade do espaço. A legitimidade para dar consentimento é o reverso do domínio ou disponibilidade sobre os bens jurídicos, os valores ou interesses protegidos ou salvaguardados pela proibição da devassa. Assim, no caso da habitação, o consentimento só pode ser dado pela(s) pessoa(s) cuja privacidade/intimidade se exprime e realiza atrás das quatro paredes. Pessoas que podem não coincidir com o proprietário do espaço: o hóspede do quarto de hotel, o inquilino de um prédio, o estudante que arrenda um quarto numa casa particular, o quarto «onde ultimamente o arguido tem pernoitado»."

Finaliza a decisão ao afirmar que somente o visado é que teria a legitimidade para consentir com a busca pois ele seria o destinatário das normas de proteção à inviolabilidade do domicílio.

Entretanto, crê-se que tal entendimento não pode ser considerado como absoluto e a depender das circunstâncias do caso concreto poderá não prevalecer.

Basta para tanto imaginar os casos em que um criminoso, ora visado, sem qualquer poder de uso, gozo ou fruição de um imóvel, utiliza domicílios, ou ainda quartos, de terceiros para acondicionar quaisquer objetos relacionados com o crime. Não é possível considerar que, diante de fundadas suspeitas, os agentes do Estado não possam obter desse terceiro o consentimento para adentrar no imóvel.

E também não se justifica o argumento de que, para casos desse jaez, seria necessária a obtenção de um mandado de busca e apreensão pois, se assim o fosse, para todos os demais casos também o seria pois não se pode deixar ao agente do Estado, nomeadamente o órgão de polícia criminal, a incerteza sobre quem pode ou não pode consentir. Às vezes a fundada suspeita e a urgência da medida autorizam que se obtenha o mero consentimento a partir da identificação mínima da pessoa que se encontra no local alvo e do vínculo jurídico que essa pessoa possui com o local ou com o visado.

O entendimento adotado no acórdão de 22/10/2008 do Tribunal da Relação de Lisboa no processo n.º 6945/2008-3⁹² o qual, inclusive, será analisado mais à frente neste trabalho no momento de aferir os casos condicionantes de um mandado de busca e apreensão genérico, em conjunto com o acórdão de 17/09/2009 do Tribunal de Évora, acima mencionado, ilustra a necessidade de se observar as

⁹² Disponível em WWW<URL: <http://dgsi.pt>>.

normas constitucionais, bem como as do direito civil, para aferir a legitimidade de quem pode prestar o consentimento.

Em breve síntese, o Tribunal da Relação de Lisboa anulou uma busca e apreensão realizada em um dos cômodos de um domicílio, uma vez que a pessoa que tinha a posse sobre esse cômodo não deu seu consentimento de forma válida e constou no acórdão "[...] que não está aqui em causa qualquer noção de propriedade, domínio ou titularidade do domicílio, mas sim o de privacidade, direito de personalidade que apenas cabe ao próprio exercer."

Contudo, com a devida vênia à decisão comentada, percebe-se que, no caso, os direitos constitucionais de privacidade e intimidade decorrem do fato de ter o arguido os direitos de posse sobre o quarto em que ocorreu a busca e apreensão, não havendo, portanto, de se fazer a distinção como se deu na decisão ora aventada.

Em relação aos detentores, o ordenamento jurídico brasileiro e o português apresentam disciplina semelhante.

Nos termos do artigo 1.198 do Código civil brasileiro, "considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas."

Por sua vez, nos termos das alíneas, a, b e c, respectivamente, do artigo 1253º do Código civil português, "são havidos como detentores ou possuidores precários os que exercem o poder de facto sem intenção de agir como beneficiários do direito; os que simplesmente se aproveitam da tolerância do titular do direito; os representantes ou mandatários do possuidor e, de um modo geral, todos os que possuem em nome de outrem."

Não se torna fácil precisar em tese o que seja o detentor e será o caso concreto que fornecerá subsídios ao intérprete para saber se uma pessoa em tal lugar pode ser considerada proprietária, possuidora, mera detentora ou ainda, sequer uma invasora.

Pode-se pensar no caso da empregada dos serviços domésticos, ou do caseiro ou capataz de uma quinta como o detentor. E fica a questão se teriam eles a legitimidade de consentir que agentes do Estado adentrem o local onde exercem a detenção.

Vê-se que, para que legalmente haja a detenção, essa relação jurídica deve ter um aspecto de legalidade e ainda relação de dependência, tolerância ou de representação tácita ou expressa com a pessoa que seja proprietária ou possuidora do bem.

Em sendo legítimo o exercício dessa parcela dos poderes da posse pelos detentores, não há qualquer impedimento para que estes sejam legitimados a consentir com a entrada de agentes do Estado no domicílio, mantidos, por certo, todos os requisitos necessários para que o consentimento seja dado, em especial o esclarecimento dos agentes do Estado do motivo da entrada no domicílio e as consequências que poderão advir dessa diligência.

E como já foi dito acima, em havendo fundadas razões para se proceder a uma busca e apreensão e havendo o mínimo de aparência de que aquele que consente tem vínculo jurídico com o local alvo, devem ter-se como válido o consentimento dado o resultado da diligência ainda que, mesmo sem o mandado, seja feita pela autoridade policial de forma genérica.

4.2.2. VALIDADE DO CONSENTIMENTO PARA RENUNCIAR AO DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

A renúncia será resultado da manifestação de vontade da pessoa que terá os poderes para poder permitir, ou não, a entrada de terceiros, em especial o Estado, num domicílio.

Conforme leciona Canotilho, "A <<manifestação de vontade>> ou o <<consentimento>> só será jurídico-constitucionalmente relevante quando forem feitos em termos livres e pessoais, com conhecimento de todas as condições para a bondade da decisão."⁹³

A opinião de Canotilho é precisa e alerta a todos para algumas situações que, à primeira vista, parecem imprimir legitimidade às restrições constitucionais desenhadas para o direito à inviolabilidade do domicílio.

⁹³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. pp. 541-542.

Ao tratar da vontade no campo do negócio jurídico, Caio Mário relembra a discussão acerca das teorias que são invocadas para conferir legitimidade a esse negócio. Há a teoria da vontade, segundo a qual "[...] se deve perquirir a vontade interna do agente, sua vontade real [...]"⁹⁴ e "[...] de outro lado, os partidários da teoria da declaração [...] entendem que não se precisa cogitar do querer interior do agente, bastando deter-se na declaração [...]. Para estes, qualquer declaração obriga, ainda que por mero gracejo; para os primeiros, cumpre pesquisar a realidade e a seriedade da verdadeira vontade."⁹⁵

E continua Caio Mário, com precisão, ao lecionar sobre o defeito da manifestação da vontade: "Na verificação do negócio jurídico, cumpre de início apurar se houve uma declaração de vontade. E, depois, indagar se foi escorreita. Desde que tenha feito uma emissão de vontade, o agente desfechou com ela a criação de um negócio jurídico. Mas o resultado, ou seja, a produção de seus efeitos jurídicos, ainda se acha na dependência da verificação das circunstâncias que a envolveram. É que pode ter ocorrido uma declaração de vontade, mas em circunstâncias tais que não traduza a verdadeira atitude volitiva do agente [...]. Nesses casos, não se nega a sua existência, pois que a vontade se manifestou e o negócio jurídico chegou a constituir-se. Recusa-lhe, porém, efeitos o ordenamento jurídico."⁹⁶

Mutatis mutandis, tal como acontece no âmbito civil, também no campo do direito penal e processual penal somente a vontade livre é capaz de criar situações jurídicas legítimas. Em havendo o mínimo de restrição, ou de vício, dessa liberdade de deliberar, a entrada no domicílio alheio deverá ser taxada como ilegal e conseqüentemente a prova colheita será imprestável para a investigação criminal.

Além de livre, naturalmente também deverá ser prestado por pessoas capazes, e como na lição de Aury Lopes Jr., "Esse consentimento deverá ser dado por pessoa capaz, que compreenda perfeitamente o objeto do requerimento policial, de forma expressa, ainda que oralmente."⁹⁷

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva - *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil: Teoria Geral de Direito Civil*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. v.1. p. 404.

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva - *Instituições de Direito Civil*. p. 404.

⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva - *Instituições de Direito Civil*. p. 431.

⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury - *Direito Processual Penal*. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. p. 521.

Com efeito, do ponto de vista da lei civil brasileira e portuguesa, apesar de haver casos, mas com certo e limitado poder de decisão, em que menores e incapazes tomem conta do domicílio enquanto os verdadeiros responsáveis passem o dia fora a trabalhar para o sustento do lar, não se pode admitir que esses mesmos menores e incapazes possam garantir a entrada de agentes do Estado no domicílio.

A vontade e autonomia dessas pessoas é limitada a um conjunto restrito de condutas, em especial aquelas comezinhas inerentes a manutenção da vida comum do domicílio, como a vistoria dos medidores de água e fontes de energia, recebimento de encomendas de pequena monta e alimentos, permissão de entrada de prestadores de serviços em casos já pré-acordados com os responsáveis pelo domicílio, entre outras pequenas atividades que dizem respeito ao cotidiano, ao rotineiro de uma vida domiciliar. Não se inclui nesse carta de rotinas, por óbvio, a permissão de entrada de agentes do Estado, em especial aqueles autorizados a conduzir uma investigação criminal.

Seria até caricato, para não dizer um ato de pura covardia por parte dos agentes de polícia do Estado, solicitar a uma criança autorização para vasculhar o domicílio em que ela se encontra para tentar colher provas contra o imputável que naquele domicílio também reside, mas que no momento da chegada da polícia ali não se encontrava.

Outra questão que se coloca aqui é a validade do consentimento dado pela pessoa analfabeta.

O ordenamento jurídico brasileiro é silente sobre tal circunstância - consentimento para entrada em domicílio, mas por sua vez o Código de processo penal português traz na alínea d do n.º 1 do seu artigo 64º a necessidade de nomeação de um defensor para qualquer ato processual em que o arguido seja analfabeto.

O mero fato da pessoa ser analfabeta não gera imediatamente a invalidade do consentimento dado para que agentes do Estado adentrem no domicílio que se encontra sob o poder dela.

É claro que a limitação, a incapacidade, do analfabeto é de ler e escrever, mas isso, por si somente, não o torna incapaz de consentir em atos que lhe sejam apresentados oralmente, e em especial de forma clara, simples e precisa. E, em

regra, esses são os requisitos que se exige da autoridade do Estado no momento em que pretende realizar uma busca sem mandado judicial.

Nessa situação, esclarecidos os motivos pelos quais a autoridade deseja adentrar no domicílio e as consequências que poderão decorrer da busca, a distinção entre uma pessoa letrada, mas leigo na ciência do direito ou total desconhecedor das leis, e um analfabeto, não mais se sustenta. Estarão ambos no mesmo plano do esclarecimento.

E entende-se que não há a necessidade do visado analfabeto na busca e apreensão por sua ciência em documento, porquanto a alínea b do n.º 5 do artigo 174 do Código penal português exige apenas que o consentimento seja de qualquer forma documentado, o que se faz possível com testemunhas do povo ou ainda, com os meios tecnológicos existentes, por meio de áudio e vídeo.

Seguindo na análise da validade do consentimento na busca e apreensão domiciliar, Gilmar Mendes, ao comentar o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* n.º 79512/RJ⁹⁸, discorda do resultado de que no caso a entrada de agentes da administração tributária foi considerada legítima por não ter havido "demonstração de resistência por parte dos impetrantes à entrada dos fiscais no escritório."⁹⁹

E ilustra sua discordância ao afirmar que "o não esboço de uma resistência explícita não se há de converter numa manifestação de concordância quanto à entrada no domicílio e, sobretudo, com a apreensão de documentos. Daí afigurar-se convincente a crítica de Marco Aurélio de Mello no voto vencido proferido, no sentido de que a apreensão de documentos em estabelecimento privado já é, por si só, um ato de constrangimento, cuja prática pressupõe um ato contra a vontade daqueles que estavam presentes."¹⁰⁰

Como também ilustra João Gualberto Garcez Ramos, "Por isso mesmo que decidiu a Suprema Corte, em *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966) que, no momento de sua prisão, o imputado deve ser claramente advertido quanto aos seus

⁹⁸ Disponível em WWW<URL: <http://portal.stf.jus.br>>.

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira - Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. In MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet - *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Saraiva. 2012. pp. 618-619.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira - Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. p. 619.

direitos - especialmente o de manter-se calado [...] e das conseqüências de abrir mão desses direitos. Só a partir da constatação de que abriu mão "inteligente e conscientemente" desses direitos é que se pode ter certeza de que, nesse ponto, o devido processo legal foi respeitado."¹⁰¹

Diante dessas opiniões, tornam-se bastante duvidosas as manifestações dos agentes de polícia durante as instruções criminais quando afirmam que a entrada no domicílio se deu com o consentimento do morador.

A presença de uma esquadra de policiais, com todos os paramentos e equipamentos necessários à imposição da lei, em especial armas de fogo de toda sorte como pistolas, metralhadoras e fuzis, sem um mandado judicial de busca e apreensão, perante à porta de um domicílio é demasiadamente intimidadora e por si só capaz de gerar grave temor ao seu morador e à sua família.

É por demais difícil imaginar que o responsável pela escolta, ao perguntar ao morador se podem ter a entrada franqueada no domicílio para uma averiguação, receberá uma resposta sincera, fruto da livre manifestação da vontade.

Ninguém deseja a polícia, ou qualquer outro agente de qualquer instituição estatal dentro de seu domicílio, a não ser se for para a prestação de socorro e ainda é possível que algumas pessoas, mesmo em situação de perigo, prefira a ajuda de outras pessoas que não os agentes do Estado.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - TEDH - já teve a possibilidade de enfrentar essa matéria no caso *Kucera v. Slovakia*, n.º 48666/99, ECHR.¹⁰²

Nesse caso, quatro policiais de uma unidade de operações especiais, dois deles armados com sub-metralhadoras e utilizando máscaras, chegaram logo no início da manhã à residência do requerente e, segundo este, entraram sem o seu consentimento.

O Estado requerido alegou em sua defesa que o requerente permitiu a entrada dos policiais e portanto não havia qualquer irregularidade.

A corte, ao analisar os depoimentos do requerido e de sua esposa, bem como os dos policiais, percebeu contradição entre eles.

¹⁰¹ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal norte-americano*. p.111.

¹⁰² Disponível em WWW<URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81731>>.

O requerido e a esposa foram ouvidos separadamente e não apresentaram nenhuma contradição, pois o requerido afirmou que não houve permissão para entrar ao passo que a esposa relatou não ter escutado o requerido dar essa permissão aos policiais.

Os policiais, por sua vez, apresentaram alguma contradição, pois um disse que foi convidado pelo requerido a entrar enquanto o outro disse que pediu permissão para entrar.

Diante dessas contradições, a Corte decidiu que, dadas as circunstâncias da situação não houve qualquer liberdade para o requerido consentir e portanto houve violação do artigo 8 da Convenção europeia de direitos humanos.

Nas situações acima ilustradas, o Estado não pode ser considerado como um convidado. Ao contrário, não se arriscaria dizer que na maioria das situações em geral o Estado é sempre *persona non grata* no domicílio alheio.

Portanto, serão raros os casos em que os agentes estatais, em especial os agentes policiais, adentrarão no domicílio alheio com um livre consentimento de seu morador.

E ainda que o consentimento seja válido, é interessante anotar aqui a lição de Guilherme de Souza Nucci, ao afirmar que "[...] já que o executor está sem mandado judicial ou, possuindo-o, procede à diligência durante a noite, a qualquer momento, pode o morador interromper o consentimento dado, expulsando os agentes da autoridade de seu domicílio."¹⁰³

Nucci não fornece maiores explicações do motivo pelo qual o morador poderá, mesmo após consentir com a busca e apreensão dos agentes do Estado, revogar tal consentimento e expulsar os agentes de sua casa.

Há de concordar com a posição do autor por vários motivos. Dentre esses motivos, está o direito de uso, gozo, fruição da coisa sobre a qual o morador tem domínio. Se em razão desses poderes uma pessoa pode, a qualquer momento, solicitar que uma pessoa se retire do local onde aquela exerce a posse ou detenção, não há qualquer outro motivo que impeça dessa pessoa fazer o mesmo com

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza - *Código de Processo Penal Comentado*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 592.

pessoas que estejam ali em nome do Estado. Agentes do Estado sem mandado não têm menos ou mais poderes que um convidado em uma residência.

Portanto, razoável aceitar que o morador, tal qual indicou Nucci, pode a qualquer momento solicitar a saída dos agentes do Estado que anteriormente convidou para adentrar sua morada.

Refrisa-se aqui que, apesar dos agentes de polícia ou de investigação criminal não estarem munidos de um mandado de busca e apreensão, sua atuação equivale a um cumprimento de um mandado de busca e apreensão genérico, pois cabe a eles, sem critério definido, decidir qual pessoa, local ou objeto será alvo de sua ação, o que naturalmente a qualifica como genérica.

Mas, observados os limites acima expostos, essa busca e apreensão genérica, com os mesmos efeitos de uma mandado de busca e apreensão genérico, seria válida.

Começa-se a vislumbrar, portanto, que a busca e apreensão genérica, seja por meio da ação dos agentes de polícia ou por meio da expedição de um mandado, não pode ser de pronto rechaçada.

5. PROVA E MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

O conceito de prova, extraído da redação do artigo 341º do Código civil português, mas que também se amolda com perfeição ao ordenamento jurídico brasileiro, é de simplicidade e clareza únicas, pois naquele diploma legal se disciplina que "as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos".

A doutrina e legislação portuguesas diferenciam expressamente os meios de prova dos meios de obtenção de prova, ao passo que no Brasil não há formalmente a distinção desses conceitos, o que não afeta, de qualquer sorte, a disciplina sobre essa matéria, pois a diferença não é meramente formal, mas substancial, como se verá a seguir.

Basicamente, enquanto os meios de prova, como a prova testemunhal, a pericial, a documental, o reconhecimento, dentre outros, têm por finalidade a demonstração do fato, os meios de obtenção de prova, como por exemplo a busca e

a apreensão e a interceptação telefônica, têm por finalidade a investigação e recolha dos meios de prova.¹⁰⁴

Os meios de obtenção da prova são, portanto, relacionados com os modos da investigação, com o meio pelo qual a autoridade estatal fará a recolha das provas que entenderá úteis para a elucidação do fato.

5.1. AS PROIBIÇÕES DE PROVA

O Estado mantém a sua legitimidade ao cumprir sua Constituição e suas leis, e por tal motivo não poderá desviar-se da via delineada pela Lei maior para, a qualquer custo, seja a que título for, trazer uma prova a um processo.

Manuel da Costa Andrade dita com precisão que essa atuação deve ser feita "[...] do lado de cá da fronteira do direito, sob a forma e o modo de ser direito [...]."¹⁰⁵

Se uma prova for produzida ao arrepio da ordem constitucional, a consequência será que, conforme leciona Manuel da Costa Andrade, ao citar Dencker, "[...]a sentença condenatória perderá a idoneidade para criar e sustentar valores éticos-jurídicos sempre que ela própria assenta no atentado a bens jurídicos."¹⁰⁶

Germano Marques da Silva aponta com rigor: "A prova, entendida como actividade, é também garantia da realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, quer enquanto a demonstração da realidade dos factos não há-de procurar-se a qualquer preço, mas apenas através de meios lícitos, quer enquanto através da obrigatoriedade de fundamentação das decisões de facto permite a sua fiscalização através dos diversos mecanismos de controlo de que dispõe a sociedade."¹⁰⁷

Daí a existência das proibições de prova, que nada mais são do que um prudente e necessário limite à descoberta da verdade.¹⁰⁸

¹⁰⁴ SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal*. 2ª ed. Lisboa: Verbo. 1999. Vol. II. p. 189.

¹⁰⁵ ANDRADE, Manuel da Costa - *Bruscamente no Verão Passado*. pp. 136-137.

¹⁰⁶ DENCKER *cit. por* ANDRADE, Manuel da Costa - *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. p. 73.

¹⁰⁷ SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal*. V. II. pp. 92 - 93.

¹⁰⁸ ANDRADE, Manuel da Costa - *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. p. 83.

Há situações, contudo, em que os valores esculpados na ordem jurídica constitucional se confrontarão com os anseios de parte da população em ver satisfeito determinado interesse ou em ver num determinado caso concreto a realização de justiça.

Justiça é um conceito maleável e mutável ao longo do tempo e de caráter extremamente duvidoso, pois o justo para uns pode significar o massacre de outros.

Ainda mantidos os valores constitucionais, o processo penal, na vertente de instrumento de busca da verdade material e despido do objetivo de buscar a qualquer preço esse seu objetivo, deve ser utilizado com a prudência necessária, sejam as partes nele envolvidas qualificadas como acusador e acusado ou investigador e investigado.

Mesmo possuindo o Ministério Público o poder-dever funcional de atuar conforme os critérios de legalidade e objetividade, na qualidade de investigador pode ter ele a necessidade, para a formação de sua convicção, da obtenção de provas por meio de busca e apreensões.

Ainda que sua atuação nesse momento esteja despida de teor acusatório, pois caso estivesse nessa condição já estaria com sua convicção formada e atuaria somente sob essa ótica, não deixaria de pedir ao Estado, no interesse da investigação, a restrição do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio daquele sobre o qual recaem as suspeitas de envolvimento com a criminalidade.

A busca da prova e da verdade nela consubstanciada, portanto, deve ser pautada pela legalidade objetiva, sem qualquer viés justiceiro.

Em se tratando do mandado de busca e apreensão, e se for o caso desse ser de caráter genérico, deve ter-se em conta os direitos protegidos pelo princípio da inviolabilidade do domicílio, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade, à privacidade e à segurança, e vale a pena colacionar neste trabalho uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no acórdão proferido no processo n.º 1500264-28.2016.8.26.0536¹⁰⁹, onde se analisou, utilizando-se como parâmetro os direitos fundamentais acima indicados, a validade com que uma prova foi colhida.

¹⁰⁹ Disponível em WWW<URL:<http://www.tjsp.jus.br>>.

Em síntese, uma mulher foi acusada do crime de tráfico ilícito de drogas, conforme determina o artigo 33 da Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006¹¹⁰, por transportar no interior de seu corpo substância entorpecente (estupefaciente) ilícita.

Após suspeitarem da atitude dessa mulher que estava aguardando para adentrar em um estabelecimento penal com o objetivo de visitar seu companheiro, agentes do Estado, todas do sexo feminino, para conseguirem a apreensão da substância, obrigaram a mulher a se desnudar e ainda a se ajoelhar por várias vezes.

Quando as agentes perceberam que havia um objeto acondicionado nos órgãos genitais da vistoriada, disseram que se ela não o retirasse por conta própria, seria levada a um hospital para que se procedesse à extração do objeto.

A mulher acabou admitindo que transportava a substância ilícita e acabou por retirá-la ela mesma.

Após a absolvição em primeira instância, o Ministério Público interpôs apelação e o Tribunal manteve a decisão atacada.

Nos fundamentos do acórdão, fixou-se que o método de obtenção de prova foi vexatório e portanto violou o direito à intimidade e privacidade e da personalidade da acusada, que são protegidos na Constituição da República Federativa do Brasil e ainda pelo Pacto de San José da Costa Rica¹¹¹, o qual determina no n.º 2 do seu artigo 11 que "ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação".

Ressalta-se aqui que, ao contrário do que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro, o ordenamento jurídico português, conforme o artigo 89º da Lei n.º 115/2009 de 12 de outubro - Código de execução das penas e medidas privativas de liberdade - CEPML, permite que o Estado force uma pessoa e desnudar-se e ainda autoriza a extração de objetos ilícitos¹¹² que estejam no interior do corpo, mas o exemplo dado acima serve apenas como comparação no caso de realização de uma colheita de prova em desacordo com os direitos fundamentais de um determinado ordenamento jurídico de um Estado democrático de direito.

¹¹⁰ Disponível em WWW<URL: <http://www.planalto.gov.br>>.

¹¹¹ Disponível em WWW<URL: <http://www.oas.org>>.

¹¹² Disponível em WWW<URL: <http://pgdl.pt>>.

No caso de não se admitir um mandado de busca e apreensão genérico, em qualquer situação, mas ainda assim um for expedido e cumprido, deverá ser considerado, em regra, que a colheita da prova, tal qual decidido no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, *mutatis mutandis*, não acompanha o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil e na Constituição da República Portuguesa, haja vista que a entrada no domicílio pelos agentes do Estado deverá ser considerada uma violação à dignidade, à intimidade e à privacidade moradores.

E, ainda admitindo que sejam possíveis situações em que o mandado de busca e apreensão genérico poderá ser utilizado, em não se observando os limites que a Constituição impõe às restrições de direitos, e em especial à ponderação de princípios num caso concreto, a prova obtida não será válida.

Por certo, num cumprimento de um mandado de busca e apreensão genérico, em especial para procura de armas, como por exemplo, fuzis subtraídos de quartéis das forças armadas, não há que se falar em revista íntima dos moradores ou busca em compartimentos onde sabidamente as armas não se encontraram, como pequenas gavetas, caixas, o outros objetos com tamanho incompatível com o de um fuzil.

A desproporcionalidade da medida acima por certo viola os direitos fundamentais intrinsecamente ligados à inviolabilidade do domicílio e qualquer outra prova colhida nesse cenário, em não se constituindo um caso de crime permanente e conseqüentemente de flagrante delito, deverá ser considerada inválida.

6. O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

O princípio da inviolabilidade do domicílio, devido à sua importância para a manutenção da vida digna da pessoa, está presente não só em várias Constituições como também em tratados internacionais, conforme já mencionado no início deste trabalho.

Não somente na Constituição dos Estados Unidos da América existem disposições referentes à busca e apreensão, mas também, a título de exemplo, na Constituição do México, do Japão, da Alemanha entre outros.¹¹³

Contudo, apesar de Ana Paixão indicar em seu estudo que a Constituição da República Federativa do Brasil, ao contrário das demais Constituições acima referidas, não deferir à busca e apreensão um status constitucional e de deixar ao legislador infraconstitucional o papel de regulamentar esse instituto¹¹⁴, há de, com as devidas vênias, discordar em parte dessa manifestação.

A Constituição da República Federativa do Brasil tratou no inciso XI de seu artigo 5º sobre a inviolabilidade do domicílio e a seguir já lançou as cláusulas de exceção a esse direito. De modo semelhante, a Constituição da República Portuguesa tratou de disciplinar o princípio da inviolabilidade do domicílio e de traçar as cláusulas de exceção em seu artigo 34º.

Não há, com efeito, uma disciplina constitucional expressa sobre a busca e apreensão, mas a partir do momento que a Constituição garante a inviolabilidade do domicílio e as hipóteses em que tal inviolabilidade poderá ser comprimida, já se está de certo modo já delineando os contornos da busca e apreensão.

Portanto, implicitamente, a disciplina fundamental da busca e apreensão está contida na Constituição brasileira e portuguesa.

O mandado de busca e apreensão, previsto tanto na legislação processual penal portuguesa quanto na brasileira, com disciplina, contorno e objetivos semelhantes, é por excelência um meio de produção de prova e nos casos em que a busca deve ser feita em um domicílio, ou qualquer local não aberto ao público, é em regra, precedida de autorização judicial.

¹¹³ PAIXAO, Ana Clara Victor da - A Busca e a Apreensão no Processo Penal. pp. 29-30.

¹¹⁴ PAIXAO, Ana Clara Victor da - A Busca e a Apreensão no Processo Penal. p. 30.

Em apertada síntese, em havendo indícios de que em um local estão pessoas ou objetos que necessitem ser apreendidos por conta de uma investigação criminal, os órgãos de investigação solicitam ao juiz a expedição de um mandado de busca e apreensão.

O juiz, convencido de que os indícios são capazes de autorizar a entrada em um domicílio, expede o mandado que, sob pena de nulidade, deve indicar, onde será cumprido e o objeto da diligência bem como o visado.

Ressalta-se que, conforme a lição de Aury Lopes Júnior, a busca não se confunde com a apreensão, apesar de no Código de processo penal brasileiro serem tratadas de forma simultânea¹¹⁵, e afirma que "Nem sempre a busca gera a apreensão (pois pode ocorrer que nada seja encontrado) e nem sempre a apreensão decorre da busca (pode haver a entrega voluntária do bem)."¹¹⁶

Aury Lopes Júnior, citando Cleunice Bastos Pitombo, diferencia a busca e a apreensão do seguinte modo: "Busca: é uma medida instrumental - meio de obtenção de prova - que visa encontrar pessoas ou coisas. 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)."¹¹⁷

O Código de processo penal português não trata da busca e da apreensão de forma simultânea, como o fez o seu homólogo brasileiro, mas é inevitável deixar de concluir que os institutos estão intimamente ligados pois a decorrência lógica de uma busca é a apreensão da prova. A busca, sem o objetivo da apreensão da prova, é inútil.

Daí neste trabalho, como já vem sendo feito, sempre se mencionar simultaneamente a busca e apreensão.

Serão analisados a seguir, com seus pormenores, os requisitos constitucionais e infraconstitucionais necessários à sua utilização.

¹¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury - *Direito Processual Penal*. p. 516.

¹¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury - *Direito Processual Penal*. p. 516.

¹¹⁷ PITOMBO, Cleunice Bastos *cit. por* LOPES JUNIOR, Aury - *Direito Processual Penal*. p. 516.

6.1. REQUISITOS DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

Apesar do escopo do presente trabalho ser a análise da possibilidade, ou não, do mandado de busca e apreensão genérico, e ainda, se se entender possível, a sua extensão e os direitos que serão comprimidos, não se pode deixar de fazer um estudo breve sobre os requisitos que autorizam a utilização desse meio de obtenção de prova.

Como já foi afirmado anteriormente, a ordem jurídica brasileira e portuguesa apresentam contornos semelhantes para esse meio de obtenção de prova.

Regra geral, a busca e apreensão em um domicílio deve ser precedida de ordem judicial, salvo nos casos de flagrante delito ou de socorro em caso de perigo iminente, conforme ressalva constitucional.

Uma distinção entre a ordem jurídica brasileira e a portuguesa é que naquela a entrada em domicílio por ordem judicial somente pode ocorrer durante o dia, com a única exceção de, em havendo o consentimento do morador, poder ocorrer no período noturno, enquanto nesta poderá ocorrer durante a noite, independentemente de consentimento de quem de direito, nos casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, conforme determina o n.º 3 do artigo 34º da Constituição da República Portuguesa.

Antes de mais nada, somente é possível a expedição de um mandado de busca e apreensão quando houver, nos termos do artigo 240 do Código de processo penal brasileiro, pelo menos, fundadas razões de que, com tal expediente, se colherá provas essenciais para a investigação criminal.

Do mesmo modo, os n.ºs 1 e 2 do artigo 174º do Código de processo penal português exigem a existência de indícios para autorizar sua expedição. Ressalta-se que a norma não exige indícios suficientes da prática de um crime para que se autorize sua expedição, mas apenas meros indícios, conforme os fundamentos da decisão proferida no acórdão de 18/11/2009 do Tribunal da Relação de Coimbra no processo n.º 329/09.2JALRA.C1.¹¹⁸

¹¹⁸Disponível em WWW<URL:http://www.dgsi.pt>.

O mandado de busca e apreensão, conforme determina o artigo 243 do Código de processo penal brasileiro, deve, entre outros requisitos, "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."

O Código de processo penal português não contém um dispositivo semelhante ao seu homólogo brasileiro, mas de uma leitura sistemático-teleológica dos artigos 174º a 186º sob a luz do artigo 34º da Constituição da República Portuguesa é possível extrair que o domicílio bem como aquilo que pode ser objeto da apreensão devem ser individualizados por se tratar de ato restritivo de direitos.

A individualização permite não somente a melhor análise do ato pela defesa como também preserva os direitos fundamentais do alvo, evitando que lhe sejam restringidos mais direitos do que os necessários para o cumprimento da diligência e dos objetivos da investigação criminal.

Nessa linha de interpretação, Gilmar Mendes leciona que "tem-se assentado que a ordem judicial de busca e apreensão não pode ser vaga ou imprecisa, não podendo delegar a extensão da providência à autoridade policial. [...] A ausência de determinação do escopo ou do fim da diligência ou a indeterminação na ordem de busca e apreensão que resulta na atribuição à autoridade policial da escolha dos objetos a serem apreendidos acabam por afetar a validade da decisão judicial, acarretando, com isso, a ilicitude da prova colhida."¹¹⁹

O TEDH, também já teve a chance de decidir a matéria no caso *Modestou v. Greece* n.º 51693/13, ECHR.¹²⁰

Nesse caso, munidos de um mandado de busca e apreensão, a polícia e o Ministério Público, com o auxílio de um chaveiro, entraram no apartamento do requerente e apreenderam vários objetos. Posteriormente, o requerente foi acusado de pertencer a uma organização criminosa e em sua defesa alegou que a prova foi obtida em desacordo com a lei.

O TEDH acabou por verificar que o mandado de busca e apreensão foi expedido em termos gerais, sem que houvesse qualquer informação da investigação

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira - Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. pp. 619-620.

¹²⁰ Disponível em WWW<URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172392>>.

que estava em curso ou dos objetos que deveriam ou poderiam ser apreendidos, fato esse que conferiu aos investigadores amplo poder e dessa forma inibiu o requerente de exercer seu direito de defesa.

Alerta-se que a generalidade do n.º 1 do artigo 178º do Código de processo penal português e da alínea h do parágrafo primeiro do artigo 240 do Código de processo penal brasileiro não se coadunam com a visão do TEDH na decisão acima indicada e tampouco com as disposições constitucionais que disciplinam esses ordenamentos jurídicos e como se pode observar da redação desses dispositivos legais, há a possibilidade de, numa expedição de um mandado de busca e apreensão, fazer constar nele a possibilidade de se apreender qualquer elemento de convicção.

Aury Lopes Jr. assim se pronuncia sobre tal possibilidade, em especial sobre o caso específico do Código penal brasileiro: "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."¹²¹

Conforme a observação desse autor, ainda que possível a restrição de direitos fundamentais, não se pode afastar do âmbito e dos limites mínimos de proteção aos direitos fundamentais. A individualização exigida num mandado de busca e apreensão, mantém um equilíbrio salutar entre os direitos do investigado e dos objetivos do Estado, mas não se pode olvidar que tais quais nos casos anteriormente relatados nos quais a busca e apreensão é feita sem mandado, mas com base no consentimento, há alguma semelhança, em especial na individualização da casa, da pessoa, mas no que tange outros alvos, por impossibilidade da autoridade individualizá-los, a atuação da autoridade policial se assemelha à hipótese da cláusula genérica e, em tese, se afigura válida.

¹²¹ LOPES JUNIOR, Aury - *Direito Processual Penal*. p. 124.

6.2. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO E CRIMES DE CATÁLOGO

Ao contrário do que ocorre com outros meios de obtenção de prova, nomeadamente as escutas telefônicas que tanto no ordenamento jurídico brasileiro, conforme determina a Lei n.º 9.296 de 24 de julho de 1996¹²², quanto no ordenamento jurídico português, conforme determina o artigo 187º do Código de processo penal, o mandado de busca e apreensão pode ser utilizado para persecução penal de qualquer crime.

Portanto, não há que se falar que esse meio de obtenção de prova está restrito a apenas os crimes de catálogo.

7. O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO

O mandado de busca e apreensão genérico não é desconhecido na história do direito, em especial na colônia britânica da América do Norte que posteriormente se tornaria os Estados Unidos da América.

Ao longo da história britânica já havia relatos de juristas que criticavam severamente o uso indiscriminado dos mandados de busca e apreensão genéricos apesar do ordenamento jurídico britânico possuir vários diplomas que o autorizavam, em especial nos casos de contrabando, falsificações, caça ilegal, publicações não autorizadas, sonegação de impostos entre outros.¹²³

Nos tempos da colônia britânica na América do Norte, com o objetivo de enfrentar a evasão fiscal e o contrabando, eram expedidos os *writs of assistance*, que equivaleriam, *mutatis mutandis*, a um mandado de busca e apreensão genérico, sem indicação das pessoas, locais, ou das coisas a serem objetos da diligência.

Para que houvesse a expedição de um mandado de busca e apreensão genérico, bastava apenas que um agente da coroa ou seus informantes noticiassem a existência de um crime ou tão somente a mera suspeita de sua ocorrência para

¹²² Disponível em WWW<URL:http://www.planalto.gov.br>.

¹²³ LEVY, Leonard W. - Origins of the Fourth Amendment. *Political Science Quarterly*. V. 114. n.º 1, (Spring, 1999). p. 81.

que um magistrado, sem a possibilidade de verificar se as informações prestadas possuíam alguma credibilidade, expedisse o mandado.¹²⁴

Esses mandados deixaram os colonos norte-americanos extremamente insatisfeitos, pois, além do tratamento explorador e impositivo que vinha sendo dispensado pela metrópole em relação à colônia, houve vários abusos praticados pelos agentes britânicos ao exercerem essas buscas.¹²⁵

A insatisfação dos colonos norte-americanos gerou atos de rebeldia contra a coroa britânica até mesmo ao ponto de magistrados começarem a questionar a constitucionalidade do mandado de busca e apreensão genérico ou de determinar condições como a declaração solene por parte do agente do Estado das causas que levariam a uma intrusão em casa alheia.¹²⁶

Leonard Levy cita que durante o período de 1761 a 1776 houve uma guinada na forma como interpretar a lei nos casos do mandado de busca e apreensão genérico e que os americanos, preocupados com uma invasão de suas casas pelos agentes da coroa britânica, passaram a debater sobre tal fato¹²⁷ e uma importante observação feita durante a *Boston Town Meeting* de 1772 é citada pelo autor nos seguintes termos: "*Thus our houses and even our bed chambers, are exposed to be ransacked, our boxes and chests & trunks broke open ravaged and plundered by wretches, whom no prudent man would venture to employ even as menial servants; whenever they are pleased to say they suspect there are in the house wares&c for which the dutys have not been paid. Flagrant instances of the wanton exercise of this power, have frequently happened in this and other sea port Towns. By this we are cut off from that domestic security which renders the lives of the most unhappy in some measure agreeable. Those Officers may under colour of law and the cloak of a general warrant break thro' the sacred rights of the domicil, ransack mens houses, destroy their securities, carry off their property, and with little danger to themselves commit the most horred murders.*"¹²⁸

O autor Walber de Moura Agra cita que para Thomas Cooley, dentre outras razões que culminaram com a independência dos Estados Unidos da América, uma

¹²⁴ LEVY, Leonard W. - Origins of the Fourth Amendment. *Political Science Quarterly*. p. 82.

¹²⁵ VILE, John R. - *A Companion to the United States Constitution and its Amendments*. p. 151.

¹²⁶ LEVY, Leonard W. - Origins of the Fourth Amendment. *Political Science Quarterly*. p. 91.

¹²⁷ LEVY, Leonard W. - Origins of the Fourth Amendment. *Political Science Quarterly*. p. 91.

¹²⁸ LEVY, Leonard W. - Origins of the Fourth Amendment. *Political Science Quarterly*. p. 92.

delas foi a "[...] exposição da propriedade do cidadão e, por ordem judicial, sofrer buscas, ou sequestro de papéis ou bens."¹²⁹

Após a independência, os americanos, profundamente marcados pela violência desse expediente odioso da coroa britânica, levaram para sua Constituição uma garantia contra a expedição dos *writs of assistance*¹³⁰, garantia essa que está esculpida na quarta emenda, parte do *bill of rights*, a seguir transcrita: "*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*"¹³¹

Ana Paixão chega a mencionar as buscas genéricas em seu estudo e explica que "o termo *Blanket Search*, utilizado pelos Tribunais norte-americanos, engloba todos (sic) as buscas que recaem, aleatoriamente, sobre um número indeterminado de pessoas não especificadas. Exemplos desse tipo são os testes anti-dopping aplicados coletivamente em escolas norte-americanas, ou as barreiras de trânsito e os "arrastões" tão ao gosto da polícia brasileira".¹³²

E continua a autora a afirmar que as *Blanket Searches*, tal qual já ilustrado acima, é veementemente repudiado pelo sistema democrático norte-americano por razões históricas, em especial por conta das buscas sustentadas pelos *writs of assistance*, o que levou inclusive à sua vedação no *bill of rights* após a declaração da independência dos Estados Unidos da América.¹³³

Também se mostra importante para o presente trabalho colacionar a menção que Ana Paixão faz de um julgado da Suprema Corte norte-americana no caso *Delaware v. Prouse* (1979), a respeito de buscas que eram feitas em automóveis: "Um indivíduo dirigindo um automóvel não perde toda a expectativa de privacidade, simplesmente porque o automóvel e seu uso estão sujeitos à regulamentação governamental [...] Muitas pessoas passam mais horas, todos os dias, viajando em seus carros do que andando na rua. Indubitavelmente, muitos encontram uma maior

¹²⁹ COOLEY, Thomas *cit. por* AGRA, Walber de Moura - *A Bill of Rights Norte-Americana. Interesse Público*. Belo Horizonte. Ano 20. n.º 107. 2018. p.40.

¹³⁰ VILE, John R. - *A companion to the United States Constitution and its Amendments*. p. 152.

¹³¹ Disponível em WWW<URL: <https://www.senate.gov>>.

¹³² PAIXAO, Ana Clara Victor da - A Busca e a Apreensão no Processo Penal. p. 33.

¹³³ PAIXAO, Ana Clara Victor da - A Busca e a Apreensão no Processo Penal. p. 33.

sensação de segurança e privacidade viajando de carro, do que o encontrariam expondo-se a si mesmos como pedestres ou utilizando outro meio de transporte. Se as pessoas estivessem sujeitas à ilimitada intrusão governamental cada vez que entrassem em um carro, a segurança garantida pela IV Emenda estaria seriamente restringida."¹³⁴

E por fim, a autora aponta que a Suprema Corte norte-americana, ao julgar o caso *Terry v. Ohio* (1968), que tratou sobre o *stop and frisk procedures*, mais conhecido como uma busca pessoal, deixou claro que sempre que houver uma abordagem a uma pessoa para os fins de uma busca pessoal haverá verdadeiramente uma restrição à liberdade dessa pessoa e que a exploração das vestes, ainda que pela sua superfície externa, nada mais é do que uma busca. Portanto, tal procedimento não pode ser afastado da luz da IV Emenda.¹³⁵

Para o presente trabalho, interessa ilustrar ainda alguns outros casos em que a Justiça norte-americana tratou a matéria do mandado de busca e apreensão genérico.

Mesmo diante do disposto da quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, já houve casos de expedição de mandados de busca e apreensão de caráter genérico e a justiça norte-americana houve por bem declará-los ilegais.

Philip Kurland e Ralph Lerner citam em sua obra alguns casos que merecem nota na presente investigação.

Foi expedido um mandado de busca e apreensão genérico, e ainda de prisão, para ser executado na cidade de Wilton. A expedição desse mandado se deu devido a ocorrência de um furto de mercadorias e autorizava a autoridade indicada a cumpri-lo e a fazer buscas em todos os locais que parecessem suspeitos - casas, lojas, armazéns - sem contudo individualizar cada um desses locais. Também havia autorização para prender qualquer pessoa que a autoridade considerasse suspeita, sem também individualizá-la.

¹³⁴ PAIXAO, Ana Clara Victor da - A Busca e a Apreensão no Processo Penal. p. 34.

¹³⁵ PAIXAO, Ana Clara Victor da - A Busca e a Apreensão no Processo Penal. p. 34.

Toda a decisão sobre o que seria, ou não, um local suspeito, ou ainda qual pessoa poderia ser tida como suspeita, ficava a cargo do juízo da autoridade encarregada de cumprir esse mandado.

Uma autoridade estatal sem limites para agir torna-se nada mais do que uma *longa manus* de um Estado autoritário ou dos agentes que agem à margem da interpretação razoável da lei e coloca em sério risco valores que são inerentes a um Estado democrático de direito.

Por certo e bem decidido, o mandado foi considerado ilegal, pois não houve a alegação solene de que houve um furto de mercadorias e declarações robustas de que tais mercadorias estariam em determinado local. Ainda que houvesse fundadas suspeitas da ocorrência do furto, uma declaração genérica de que o produto do crime pode estar em qualquer local não é suficiente para autorizar a expedição do mandado de busca e apreensão genérico.¹³⁶

Numa outra situação, um agente do estado foi condenado por deixar de cumprir um mandado de prisão por entender que era ilegal, haja vista que foi expedido com base, não num juramento, ou numa declaração solene - exigências da quarta emenda do *bill of rights*, mas num mero boato de que a pessoa a ser presa poderia fugir a qualquer momento.

No julgamento da revisão da condenação desse agente que se recusou a cumprir o mandado, invocou-se a oitava seção do nono artigo da Constituição da *Pennsylvania* que determinava que nenhum mandado de prisão seria expedido sem uma justa causa baseada num juramento ou declaração solene.

O julgador manifestou que a norma era clara e bem compreensiva, ao passo que na condenação do agente público houve o levantamento de questões de segurança pública que ensejavam que houvesse exceções às condições determinantes do mandado. Ou seja, admitiram-se exceções à norma da quarta emenda e que o agente deveria tê-lo cumprido sob o manto de tais exceções.

Na visão do julgador do caso em que se buscou a reversão da condenação do agente que se negou a cumprir o mandado, essas questões relativas às

¹³⁶ KURLAND, Philip B.; LERNER, Ralph - *The Founder's Constitution*. Chicago: The University of Chicago Press. 1987. V. 5. pp. 240-241.

exceções transformariam a disposição constitucional em letra morta, pois o juramento ou uma declaração solene exigem mais do que um mero boato.¹³⁷

Percebe-se, desse modo, que nesses julgamentos a justiça americana se ancorou mais na literalidade da quarta emenda do *bill of rights*, não se admitindo exceções.

A experiência norte-americana pode ser transportada, sem maiores dificuldades para o direito português, brasileiro e europeu em geral, apesar da diferença dos sistemas jurídicos, haja vista que todos esses Estados podem ser qualificados como democráticos de direito.

Como já posto nesta investigação, a Constituição da República Portuguesa, a Constituição da República Federativa do Brasil, a Convenção europeia dos direitos humanos, o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, o Pacto de San Jose da Costa Rica, e o *bill of rights* determinam que os Estados reconheçam o direito a dignidade, à privacidade, à intimidade, à segurança e ainda ao devido processo legal.

Mas como já anunciado ao longo desse trabalho, há direitos fundamentais que, a depender do caso concreto, estarão em colisão e necessitarão de uma interpretação adequada para determinar qual será o princípio a prevalecer, sem que o outro seja extirpado do ordenamento jurídico e, por certo, somente a interpretação literal não poderá dar a resposta necessária.

No caso da utilização dos meios de coletas de prova, em especial no caso do mandado de busca e apreensão genérico, deve observar-se o princípio da proporcionalidade, pois sempre deve ter-se em conta que esses meios espelham uma compressão de direitos fundamentais.

Não é por outro motivo que Francisco Aguilár, ao analisar o caso das escutas telefônicas, em especial dos seus pressupostos de admissibilidade aponta como um deles o princípio da proporcionalidade.¹³⁸

O autor relembra como corolários do princípio da proporcionalidade a "[...] adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*."¹³⁹

¹³⁷ KURLAND, Philip B.; LERNER, Ralph - *The Founder's Constitution*. p. 239.

¹³⁸ AGUILAR, Francisco - Notas Reflexivas sobre o Regime das Escutas Telefônicas no Código de Processo Penal Português. *O Direito*. Coimbra: Almedina. Ano 148. III. (2016) p.560.

Francisco Aguilar, aponta que o princípio da necessidade pode ser visto como o princípio da subsidiariedade das escutas e diz que "Deste princípio resulta [...] que não se deverá recorrer a uma escuta telefónica, quando as diligências para a descoberta da verdade e a inerente projectada recolha de material probatório possam, no respectivo processo, ser alcançadas através de meios de obtenção de prova menos intrusivos da privacidade do visado [...]".¹⁴⁰

Em sendo possível a utilização de outros meios de obtenção de prova menos intrusivos, não se pode iniciar ou ainda, paralelamente, já se lançar mão do mandado de busca genérico, ainda mais se a situação não permitir a individualização do visado, do local e/ou objetos alvos.

No caso de se perceber que a utilização de meios menos intrusivos de coletas de prova se mostrará insuficiente para o desfecho da investigação criminal, aí sim, já poder-se-ia passar ao próximo meio de coleta de prova com carácter mais intrusivo e com isso manter a legitimidade da persecução penal.

Passe-se, adiante, à análise de situações que condicionam a utilização de uma mandado de busca e apreensão genérico.

7.1. SITUAÇÕES CONDICIONANTES DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO

Fixado que não há direitos absolutos e que haverá situações em que princípios de mesma envergadura constitucional estarão em conflito, torna-se necessário, agora já munidos de conceitos e jurisprudências a respeito do direito à inviolabilidade do domicílio e do mandado de busca e apreensão, adentrar no cerne da presente investigação para indicar se é ou não possível num Estado democrático de direito a expedição de um mandado de busca e apreensão genérico e, se a resposta apontar para a possibilidade da expedição desse meio de obtenção de prova, quais serão os limites e os direitos a serem comprimidos.

Para essa análise, foram seleccionadas uma situação em que não se admite a compressão de direitos e portanto não se admite a expedição de um mandado de

¹³⁹ AGUILAR, Francisco - Notas Reflexivas... p. 564.

¹⁴⁰ AGUILAR, Francisco - Notas Reflexivas... pp. 565-566.

busca e apreensão genérico, e situações de normalidade e de anormalidade, onde é possível vislumbrar sua utilização.

No caso em que não se admite a utilização desse meio de coleta de prova, indicam-se as decisões motivadas por ideologias.

Nos casos de normalidade e anormalidade em que é possível a utilização de um mandado de busca e apreensão genérico, indicam-se situações de laboratório que podem fornecer subsídios fáticos e jurídicos para a respectiva análise.

Nos casos de normalidade e anormalidade, as situações escolhidas foram: as residências familiares onde há uma grande concentração de moradores pertencentes, ou não, a essa mesma família; Os domicílios profissionais; Os casos de criminalidade organizada; Os veículos automotores em geral; As áreas urbanas onde há grande desorganização ocupacional, tal qual como ocorre nas favelas/bairros de lata ou bairros construídos em desacordo com o regramento mínimo de ocupação urbana; Os estabelecimentos penais; Os locais que podem estar sujeitos à ação do Estado durante a decretação do estado de emergência/defesa e estado de sítio

Nas residências familiares, e não se está aqui falando de alojamentos, albergues, pensões ou estabelecimentos similares, mas verdadeiramente de uma casa de uma família com vários moradores e vários cômodos, e ainda com vários veículos, vê-se uma situação, onde cada co-habitante tem seu quarto, seu espaço privado, mas ao mesmo tempo utiliza um espaço comum.

Os domicílios profissionais, nomeadamente os escritórios de advocacia, merecem atenção nesta investigação diante da importância da manutenção dos direitos inerentes a essa profissão que por sua vez resguardam os direitos daqueles que passam por uma persecução penal.

Será também analisada como dar-se-á a compressão dos direitos fundamentais nos casos de criminalidade organizada e terrorismo, em razão da complexidade de sua estrutura e dos seus modos de atuação, a clandestinidade e a gravidade dos crimes.

Na atual sociedade, onde grande parte das pessoas passa tempo juridicamente relevante dentro de seus veículos, estes merecem a devida atenção

na aplicação dos direitos fundamentais e por tal razão merece a análise no caso de busca e apreensões realizadas de modo genérico.

Nas favelas, diante da desorganização que lhe é peculiar, em especial de que são fruto da invasão gradual de áreas despidas de qualquer registro imobiliário, cada qual tem sua parcela de espaço onde poderá exercer seu direito à intimidade e privacidade.

Mas por vezes, em razão da ausência do Estado, o crime organizado e violento pode ali se instalar quando percebe que a desorganização e o desinteresse estatal em promover o desenvolvimento social servirão como escudo para a atividade marginal o que criará a situação de indisciplina que clamará para o restabelecimento da ordem.

Os estabelecimentos penais, em regra, seguem um padrão arquitetônico próprio e peculiar para as funções que exerce, que é manter as pessoas em seu interior, em especial nas respectivas celas onde permanecem boa parte do tempo, com algum período de convivência com as demais pessoas encarceradas, tudo disciplinado de acordo com as regras de regência desse tipo de estabelecimento,

Nesse ambiente, portanto, presume-se ordenação e disciplina, podendo haver, é claro, situações onde se observará a perda da disciplina e a perda de controle, como nos casos motins.

Por fim, será analisada a utilização do mandado de busca e apreensão genérico nos locais onde o Estado atua sob o manto da ordem do estado de emergência/defesa e estado de sítio estão em situação de grave perturbação da ordem, onde se presume a inexistência de disciplina e a escalada do caos.

Assinalam-se então para o estudo em tela, situações em que haja a instalação de um estado de caos, de situações onde o Estado consiga manter a ordem e disciplina dentro da normalidade esperada, de situações onde haja um meio-termo entre o caos e a ordem e de situações em que, apesar de haver em tese uma ordem e disciplina garantidas pelo Estado, a criminalidade, pelo seu modo de atuar, dificultará, ao máximo, a colheita de provas para a persecução penal e de casos em que na forma há domicílio, mas na substância outro tipo de local.

Passa-se, portanto, a análise desses ambientes como situações de laboratório para a possibilidade de aplicar, ou não, o uso do mandado de busca genérico.

7.1.1. CASOS EM QUE NÃO É POSSÍVEL O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO - IDEOLOGIA COMO FUNDAMENTO PARA AUTORIZAR O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO

Torna-se importante destacar neste trabalho que há no Brasil um sentimento generalizado de insegurança e desse sentimento surge um discurso colorido, ou poder-se-ia dizer até mesmo descolorido, pelo desejo de que a atuação das forças de segurança do Estado sejam mais efetivas, em especial através do uso da violência legitimada, e que as punições se tornem mais severas. E esse sentimento pode não existir somente no Brasil, mas ainda em outro ou qualquer Estado.

Contudo, há um perigo decorrente desse sentimento, pois se pode levar a um controle autoritário que não se amolda às normas constitucionais em especial pelo fato de encarar os direitos fundamentais como algo que serve não a todas as pessoas, mas apenas àquelas pessoas que se encontram dentro da legalidade assim considerada por determinado grupo e ainda dentro de uma área onde, aparentemente, há a sensação de segurança.

Como observam Larissa Rosa, Marisa Freitas e Renan Mandarin, "[...] Há uma inversão ideológica desse discurso garantista, com a aplicação da medida de busca e apreensão coletiva limitada aos setores vulneráveis da sociedade [...]"¹⁴¹

Alertam ainda os autores que há na jurisprudência dos tribunais brasileiros uma "[...] cultura jurídica dominante que oprime a casta mais vulnerável e liberta grupos detentores de poderes políticos e econômicos. Isso é facilmente percebido

¹⁴¹ ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; MANDARINO, Renan Posella - A "Terceira Margem" dos Direitos Humanos: Para Além do Poder Punitivo via Mandado de Busca e Apreensão Genérico. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. v. 10. nº. 1. (2015). p.137. Disponível em WWW<URL: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/issue/view/942/showToc>>.

nas decisões que autorizam ou negam as ordens de busca e apreensão genérica."¹⁴²

Os citados autores, em análise às estatísticas que dizem respeito à população carcerária brasileira e ao indicar que "[...] crimes contra a ordem tributária e lavagem de dinheiro nem sequer aparecem nos dados em razão da ínfima quantidade[...]"¹⁴³, defendem que com essa conclusão ficou demonstrada sua hipótese.

Aury Lopes Jr. dita em sua obra que "Situação absolutamente ilegal a nosso sentir são os mandado de busca e apreensão 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 o expediu."¹⁴⁴

Também é possível perceber na opinião do citado autor, especialmente quando abre os parênteses para fazer sua observação, que ele caminha na mesma linha de conclusão de Larissa Rosa, Marisa Freitas e Renan Mandarino, ou seja, de que tais medidas são deferidas em razão de uma carga ideológica ou numa estratégia de dominação.

Décio Franco David e Jaqueline Alexandra Maccoppi, alertam que na República Federativa do Brasil está ocorrendo uma "hipertrofia penal" e um "fetichismo punitivo", ambos fomentados pelas notícias veiculadas diariamente pelos meios de comunicação social e por um discurso de crise e tal fenômeno está contribuindo para a existência de "[...] um sistema de justiça criminal cada vez mais violento e excludente."¹⁴⁵

¹⁴² ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; MANDARINO, Renan Posella - A "Terceira Margem" dos Direitos Humanos: Para Além do Poder Punitivo via Mandado de Busca e Apreensão Genérico. p. 137.

¹⁴³ ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; MANDARINO, Renan Posella - A "Terceira Margem" dos Direitos Humanos: Para Além do Poder Punitivo via Mandado de Busca e Apreensão Genérico. p. 138.

¹⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury - *Direito Processual Penal*. p.525.

¹⁴⁵ DAVID, Décio Franco; MACCOPPI, Jaqueline Alexandra - Punitivismo Pós-Moderno: Hipertrofia Penal e Fetichismo Punitivo pela Mídia e Discurso de Crise. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. Ano 26. N.º 311 (outubro/2018). p. 12.

Segundo esses autores, os meios de comunicação servem como multiplicadores de ideias e opiniões que acabam por moldar o senso comum enquanto o termo "crise" retoricamente é utilizado para vários fins, inclusive para "deturpação de princípios e garantias constitucionais."¹⁴⁶

Citam os autores que "A consequência do enlace entre os dois instrumentos reflete na construção de normativas lesivas aos cidadãos e ao Estado Democrático de Direito, sendo exemplos [...] a ampliação de medidas contundentes e violentas nas pautas de segurança pública [...]. Essa perspectiva atual apresenta um "novo" papel interventor do Estado: desamparar seus cidadãos da cidadania e massificar lesões de garantias fundamentais."¹⁴⁷

Sem se aprofundar num estudo político-sociológico e sem tecer críticas se há, de fato, essa cultura jurídica dominante, ou a utilização dos meios de comunicação em massa e do discurso de crise para que sejam atendidos interesses de uma parcela da população, importante é ressaltar que, se ela já não existe, ela pelo menos é possível e, em sendo possível, torna-se necessário fazer o alerta para que o operador do direito não se deixe levar por tal cultura no momento de analisar a possibilidade, ou não, de autorizar a expedição de um mandado de busca e apreensão genérico.

A ideologia, talhada entre outros fatores pela cultura do medo, pela sensação generalizada de insegurança, pela classe social, não pode ser o norte de uma decisão judicial, até mesmo sob pena de grave violação ao princípio da imparcialidade.

E aqui merece mais uma vez citar a lição de Aury Lopes Jr. quando afirma que "O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais."¹⁴⁸

Portanto, impossível aceitar num Estado democrático de direito que uma ideologia seja capaz de orientar uma compressão de direitos fundamentais.

¹⁴⁶ DAVID, Décio Franco; MACCOPPI, Jaqueline Alexandra - Punitivismo Pós-Moderno: Hipertrofia Penal e Fetice Punitivo pela Mídia e Discurso de Crise. pp. 12-13.

¹⁴⁷ DAVID, Décio Franco; MACCOPPI, Jaqueline Alexandra - Punitivismo Pós-Moderno: Hipertrofia Penal e Fetice Punitivo pela Mídia e Discurso de Crise. pp. 12-13.

¹⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury - *Direito Processual Penal*. p. 61.

7.1.2. CASOS EM QUE PODERÁ HAVER A PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO

7.1.2.1. SITUAÇÕES DE NORMALIDADE

7.1.2.1.1. BUSCA E APREENSÃO EM DOMICÍLIO PARTICULAR

Passa-se ao estudo da situação de busca e apreensão a ser realizada em um domicílio particular.

Conforme já foi mencionado nesta investigação, tanto à luz do ordenamento jurídico brasileiro como à luz do ordenamento jurídico português, se faz necessária, em regra, a individualização do local onde será realizada a busca e apreensão bem como, se for o caso, do visado.

Contudo, já houve casos analisados pela Justiça Portuguesa em que, mesmo não havendo a expedição de um mandado de busca e apreensão, seja individualizado ou genérico, percebe-se pelo teor da decisão que em se tratando de um domicílio habitado por mais de uma pessoa, e ainda que nesse domicílio cada pessoa tenha a posse de um quarto, aposento, cômodo ou outro nome que o valha, cada uma dessas parcelas da residência são tratadas como se casa o fosse.

Naquela parte do trabalho se fez uma observação sobre a pessoa com legitimidade para dar o consentimento, mas agora a questão que se avizinha é a de saber se em casos semelhantes, em havendo necessidade do mandado de busca e apreensão, este deverá individualizar apenas a casa onde será realizada a busca, ou, além da casa, também os compartimentos habitados e as pessoas que serão o alvo dessa diligência.

Trata-se agora, como já indicado anteriormente neste trabalho, da decisão proferida no acórdão de 22/10/2008 pelo Tribunal da Relação de Lisboa no processo n.º 6945/2008-3.

Em breve síntese, o caso tratou de uma mulher que foi encontrada com notas falsas e por tal motivo os agentes de polícia resolveram proceder a uma busca e apreensão em sua residência.

Nessa residência também coabitava o filho dessa mulher, com quarto próprio, e no desenrolar da busca foi encontrado no quarto em que era habitado por ele certa quantidade de substância estupefaciente ilegal.

Após a condenação do filho pelo crime respectivo, o Tribunal da Relação de Lisboa, dentre outras questões, acabou por fixar que "a exigência de consentimento do visado nada tem a ver com a tutela da propriedade, do domínio ou da titularidade do domicílio, mas sim com a privacidade, direito de personalidade que apenas cabe ao próprio exercer."

Extrai-se do pensamento jurídico que embasou essa decisão que uma casa, em sua totalidade, encontra-se protegida pelo princípio da inviolabilidade do domicílio, mas nos casos em que tiverem de ser aplicadas as cláusulas de exceção constitucional e infraconstitucional a esse princípio, essa mesma casa, se constituída por sub-divisões, ainda que estas sejam meros quartos, se fragmentará em várias outras casas, e cada uma delas merecerá a proteção do princípio da inviolabilidade do domicílio.

Ou seja, cada quarto, aposento, ou a denominação que lhe aprover, será considerada como uma casa por si só, ainda que parte de uma casa maior.

Por sua vez, a ementa do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/09/2009 expressa: "I. Numa vulgar habitação, embora haja espaços que se possam considerar de uso exclusivo de um dos habitantes, nomeadamente o quarto de dormir, não deixam todos de ter acesso a todo o espaço da mesma, razão por que um quarto, nestas situações de partilha de uma casa por várias pessoas, em particular quando se trata de uma família, não possa ser visto como uma unidade separada da própria habitação concreta, mas como um elemento da casa habitada abrangido pela autorização judicial de busca. II. Tendo sido encontrado em poder de um filho do visado, no decurso da busca domiciliária, produto estupefaciente,

obteve-se conhecimento fortuito de um facto criminoso, que não podia ser ignorado."¹⁴⁹

Essa última decisão do Tribunal da Relação de Lisboa já não encontra amparo na decisão anteriormente a ela mencionada. Ao contrário, deixa claro que numa casa, mesmo havendo subdivisões de uso exclusivo de alguns de seus moradores, não se pode falar em fracionamento do conceito de casa em relação a cada um desses compartimentos.

Em consonância com a primeira decisão do Tribunal da Relação de Lisboa observada nesta parte do trabalho, deve ser novamente trazido à baila o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17/09/2009 no processo n.º 549/08.7PBBJA-A.E1.

A título de lembrança, e em brevíssima síntese, nesse caso o Tribunal da Relação de Évora entendeu por bem que a legitimidade para dar o consentimento para a realização de uma busca e apreensão por parte dos órgãos de polícia não seria do familiar do visado, apesar de residirem na mesma casa, mas do próprio visado, uma vez que os objetos relacionados à prova estavam no quarto deste último e somente ele teria o direito de consentir, haja vista que as normas que dispõem sobre a inviolabilidade do domicílio, e conseqüentemente sobre o direito à intimidade e privacidade, tinham o visado como destinatário.

Vislumbra-se em análise a esses acórdãos, de forma clara, que a Justiça portuguesa, na aplicação das normas sobre a inviolabilidade do domicílio, acaba na sua maioria por entender que em uma casa poderá haver várias outras casas. Melhor elucidando, que tanto uma casa, no seu conceito genérico, quanto suas subdivisões, são merecedoras da mesma proteção constitucional.

Daí decorre logicamente que, se houver a necessidade de expedição de um mandado de busca e apreensão a ser realizado numa casa, sem que se discrimine os sub-compartimentos que também serão alvo da diligência, será o caso de expedição de um mandado de busca e apreensão genérico, pois apenas se individualizará a casa como um todo e não será dada importância ao pensamento jurídico que fincou as bases dos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/10/2008 e do Tribunal da Relação de Évora de 17/09/2009.

¹⁴⁹ Disponível em WWW<URL: <http://www.pgdlisboa.pt>>.

Ao contrário, tal mandado de busca e apreensão encontrará agasalho jurídico nos fundamentos do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/09/2009 e necessariamente não poderá ser qualificado como genérico, haja vista que individualizou a casa onde foi realizada a diligência sem que houvesse necessidade de discriminar suas sub-divisões.

Na jurisprudência dos tribunais brasileiros, não se encontra nas decisões sobre a validade de um mandado de busca e apreensão fundamentos como aqueles utilizados pelos Tribunais portugueses e segundo os quais se deduz que se torna necessária a individualização de cada sub-compartimento de uma casa.

Aliás, segue-se a norma contida no artigo 243 do Código de processo penal brasileiro a qual somente exige que seja individualizada a casa em que será realizada a busca, não havendo disposição legal, nem interpretação jurisprudencial, da necessidade de se individualizar os sub-espços da residência.

Se se entender pela necessidade de individualizar as sub-divisões de uma casa no momento da expedição de um mandado de busca e apreensão, pode chegar-se a situações em que a autoridade solicitante bem como o juiz deparar-se-á com a dificuldade de saber como é a arquitetura interna de cada residência.

Afinal, se não se conhece o interior da residência onde será realizada a busca e apreensão, também não será possível individualizar os espaços a serem diligenciados.

E ainda que se possa chegar ao ponto de, num mandado, expressar que o alvo será o quarto ou o espaço utilizado pelo visado, também haverá dificuldade, no momento da diligência, de saber, de fato, qual seria o espaço utilizado pelo visado.

Maior dificuldade surgirá nos casos em que os visados sequer utilizam privativamente espaços dentro de uma residência e, ao contrário, acabam por utilizar os espaços privativos de outros moradores para ocultar objeto relacionado à prática de crime.

Desse modo, com o objetivo de contornar as situações de dificuldade acima aventadas, torna-se desnecessária a individualização pormenorizada dos sub-espços de uma casa, bastando para tanto que no momento da autorização da expedição do mandado de busca e apreensão se individualize a casa em que será

realizada e em relação aos demais compartimentos ele assumirá um caráter genérico.

E se já houver ciência de antemão que o visado não utiliza a casa, ou um de seus compartimentos, de forma privativa, ou ainda se já houver ciência de que o visado sequer reside no local, mas apenas o utiliza para guarda de objetos relacionados ao crime, também se faz desnecessária a indicação do visado na ordem, sendo suficiente a mera individualização da casa, independentemente de individualizar os sub-compartimentos.

Pode afirmar-se que nesses últimos casos, o visado ou o grupo que está a praticar crimes se utiliza do domicílio apenas na sua forma, mas não na sua substância e para melhor ilustrar o posicionamento aqui exposto, utiliza-se o exemplo da correspondência epistolar no ordenamento jurídico brasileiro.

A disciplina constitucional brasileira é expressa e não há cláusula de exceção. O sigilo das correspondências, conforme o inciso XII da Constituição, é inviolável e não há ressalvas para tanto. Desse modo, afigura-se, em tese, absoluto.

Contudo, a partir do momento em que se utiliza um envelope, caixa, invólucro ou algo com função equivalente, não para fins de comunicação, de transmissão de dados, mas para, por exemplo, envio de substâncias entorpecentes ilícitas, ou artefatos explosivos, não se pode mais falar aqui em correspondência, pois houve mudança radical na função desse meio e essa mudança retira a natureza de "correspondência".

A partir daí, somente, poder-se-ia interceptá-la e abri-la e não haveria qualquer dificuldade em admitir a licitude da prova obtida com a violação dessa correspondência.

Se o domicílio somente na forma assim se qualifica, ainda carece da expedição de um mandado de busca e apreensão, pois não deixa ainda, mesmo que na forma, se ser um local não acessível ao público.

Mas em carecendo da substância, não há motivos para que se faça no mandado de busca e apreensão maiores individualizações, pois estas servem para a proteção do domicílio que reúna, na forma e substância, sua qualidade.

7.1.2.1.1.1. VEÍCULOS QUE SE ENCONTRAM ESTACIONADOS NO DOMICÍLIO

Uma outra questão que pode surgir no caso da utilização do mandado de busca e apreensão em domicílios é a legitimidade da prova encontrada nos interiores dos veículos que se encontram ali estacionados.

Isso porque se os veículos forem considerados como partes em separado do domicílio, tal qual a justiça portuguesa entendeu nos casos em que se faz necessário o consentimento do usuário do cômodo em separado, em regra deverão ser necessariamente individualizados sob pena da busca e apreensão ser considerada ilegal.

Faz-se necessário, desse modo, precisar a natureza jurídica do veículo no momento em que ele se encontra estacionado no interior da residência.

Na condição de meio de transporte e em estando fora da residência, é possível vislumbrar que não é só apenas um bem móvel particular, mas também é um receptáculo não aberto ao público. Desse modo, como já decidido pela justiça americana, há uma expectativa de proteção da intimidade e da privacidade das pessoas que se encontram no seu interior. Ressalta-se que e mais a frente neste trabalho a questão da utilização de mandado de busca genérico em veículos será aprofundada.

Sem a necessidade dessa proteção quando se encontrarem no interior de uma residência, haja vista que esta não é um ambiente aberto ao público, crê-se aqui que os veículos ali estacionados devem ser considerados meramente como bens móveis, conforme definição legal dos ordenamentos jurídicos brasileiro¹⁵⁰ e português¹⁵¹ e nessa condição tornam-se desnecessárias as suas individualizações no mandado de busca e proteção.

Pode vislumbrar-se aqui maior complexidade jurídica quando o veículo, mesmo estacionado na área interna da residência, não é esta na posse do visado, mas de um terceiro que se encontra temporariamente na residência, tal qual um visitante.

¹⁵⁰ Conf. artigo 82 do Código civil brasileiro.

¹⁵¹ Conf. artigo 205º do Código civil português.

Nesse caso, em não estando o visitante em sua própria residência, nem sendo o visado, não pode ter seu veículo como alvo de uma busca e apreensão cujo alvo é a residência.

O mesmo se diz se esse visitante utiliza o respectivo veículo não somente como meio de transporte, mas também como residência, como ocorre no caso dos *motor homes* ou *caravans*. Em sendo esse veículo uma "residência que se encontra temporariamente de outra residência", merece por si somente a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio.

Ainda que se justifique a utilização de um mandado de busca genérico numa residência, percebe-se que nos casos desses veículos de terceiros não há maiores dificuldade em se identificar o seu possuidor ou proprietário, pois uma simples consulta à licença veicular é suficiente para precisar se eles são vinculados ao visado.

Diante de qualquer dificuldade nessa individualização, qualquer prova obtida dentro desses veículo de terceiros por meio de uma busca e apreensão genérica a ser realizada na residência onde se encontra deve ser considerada proibida.

7.1.2.1.2. O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO NOS DOMICÍLIOS PROFISSIONAIS - ESCRITÓRIO DE ADVOGADOS

Conforme já foi mencionado neste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro define o termo casa ao longo das hipóteses do artigo 150 do Código penal e dentre algumas dessas definições pode incluir-se o domicílio profissional, concebido como o "compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade".

Nesse conceito legal pode estar contido qualquer tipo de profissão ou atividade, independentemente de regulamentação legal, mas para o presente trabalho importa, em especial, a análise da busca e apreensão nos escritórios de

advocacia¹⁵², pois são os profissionais designados para a defesa daqueles que são sujeitos de uma investigação criminal.

Isso porque de nada adiantaria os direitos fundamentais inerentes aos sujeitos de uma investigação criminal se os seus defensores ficassem despidos dos mesmos direitos e daqueles necessários ao exercício da ampla defesa e do contraditório e demais direitos decorrentes dos processos sancionatórios.

Nesses mesmos termos, o STF já decidiu na ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.127 que "[...] a inviolabilidade do escritório ou do local de trabalho é consectário da inviolabilidade assegurada ao advogado no exercício profissional [...]".¹⁵³

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao longo de seu texto, deixa clara a importância do advogado na proteção dos direitos fundamentais e em seu artigo 133 determina expressamente que "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

Por sua vez, a Lei n.º 8.906 de 4 de julho de 1994 - estatuto da advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - EOAB¹⁵⁴, é o principal diploma legal a respeito da matéria e dispõe no inciso II do artigo 7º que é direito do advogado "a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia."

Em cotejo das normas especiais com aquelas contidas no Código de processo penal brasileiro extrai-se que no caso de uma busca e apreensão a ser realizada num escritório de advogado ou no local onde exerça sua atividade não há maiores requisitos do que aqueles necessários para a busca e apreensão no domicílio particular a não ser o cuidado com o sigilo inerente a essa atividade.

¹⁵² Em considerando que no ordenamento jurídico brasileiro não há uma disciplina especial para esse tipo de busca e apreensão e que no ordenamento jurídico português existe esse tratamento especial para os escritórios de advogado, consultórios médicos, locais de trabalho dos jornalistas, a discussão da matéria neste trabalho também se aplica, *mutatis mutandis*, a todos os domicílios profissionais protegidos pelo sigilo.

¹⁵³ Disponível em WWW<URL:<http://portal.stf.jus.br>>.

¹⁵⁴ Disponível em WWW<URL:<http://brasil.gov.br>>.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, onde somente o juiz pode ordenar a busca e apreensão, em Portugal é possível, em algumas situações como naquelas determinadas no n.º 3 do artigo 177º do Código de processo penal, que o Ministério Público determine a busca, mas no caso de apreensões nos escritórios de advogado, somente o juiz pode determiná-las, o que indica a preocupação com a preservação do sigilo profissional.

Paulo Pinto de Albuquerque aponta que "[...] só podem ser apreendidos documentos a advogado (1) quando ele próprio seja autor ou participante na actividade criminosa indiciada nos autos ou (2) se indiciado que cometeu receptação ou branqueamento de capitais relacionados com o crime imputado a terceiro e (3) o advogado tenha sido previamente constituído arguido em virtude desses factos."¹⁵⁵

A opinião do autor segue a mesma linha adotada na jurisprudência brasileira e corrobora a conclusão de que as provas relativas a procedimentos criminais que estejam em poder do advogado por razão de sua atuação profissional não podem ser apreendidas sob pena de esvaziamento da força dos direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório além de, a depender do conteúdo da prova, também haver violação ao princípio da dignidade, da intimidade, da privacidade e da segurança, não só do arguido como também de seu advogado.

Essa qualidade inerente ao exercício da advocacia reflete também na busca domiciliar em que o visado seja um advogado militante, mas cuja investigação em nada se relacione com o exercício de sua profissão. Isso quer dizer que nessa busca domiciliar, provas referentes a outras investigações em que o visado exerça a advocacia estarão acobertadas pelo sigilo profissional e não poderão ser utilizadas.

Importa anotar aqui recente decisão¹⁵⁶ proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª região - TRF1 - no mandado de segurança/processo n.º 1000399-80.2019.4.01.0000 impetrado com o objetivo de preservar o sigilo do advogado que patrocina a defesa do acusado de ter atentado contra a vida de um dos candidatos à presidência da República Federativa do Brasil no ano de 2018.¹⁵⁷

¹⁵⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2011. p. 511.

¹⁵⁶ Disponível em WWW<URL: <http://portal.trf1.jus.br>>.

¹⁵⁷ Disponível em WWW<URL: <https://brasil.elpais.com>>.

Conforme a leitura do acórdão, o juiz federal de primeira instância autorizou a quebra do sigilo bancário não somente do advogado, mas de sociedades comerciais das quais faz parte, bem como a busca e apreensão de imagens, livros caixa, recibos, aparelho telefônico, tudo com o intuito de descobrir quem estaria financiando a defesa do autor do atentado e com isso se chegar a outros possíveis envolvidos no fato criminoso.

O TRF1 decidiu que tal busca não encontra amparo no ordenamento jurídico e que configura violação ao direito de sigilo do advogado, haja vista que contra este não recai qualquer suspeita de participação no crime.

Deve ter-se como acertada a decisão do TRF1, pois se contra o advogado não recai qualquer suspeita de envolvimento nos fatos criminosos, não há qualquer motivo razoável para que sua vida profissional seja devassada.

O modo como foi determinada essa busca se assemelha àquele utilizado no final da história da colônia britânica na América do Norte, onde bastava uma mera declaração de suspeita, sem maiores elementos a serem postos ao crivo do magistrado, para que se determinasse a expedição de um mandado de busca e apreensão genérico onde tudo o que a autoridade incumbida do mandado suspeitasse ter relação com a investigação seria apreendido.

Seria desproporcional comprimir tal direito fundamental para se descobrir demais envolvidos em fatos criminosos, pois caso assim o fosse, seria a regra geral que todos os advogados informassem ao juízo aquele que está arcando com os honorários.

Esse comportamento não somente coloca em risco à atividade da advocacia, pois pode reduzir as contratações, como também prejudica os acusados/arguidos que não poderiam contar com a ajuda do profissional de sua preferência, ainda que custeado por terceiros.

Isso porque qualquer pessoa que soubesse não só da possibilidade de ter sua intimidade e privacidade devassadas, mas também da possibilidade de integrar o objeto da investigação, acabaria por não contratar o advogado.

Situação distinta e aceitável seria aquela em que o advogado, além de ter seus honorários pagos por terceiros, patrocina causas em que os investigados

assumem a autoria dos fatos ou deixam de revelar coautores ou partícipes sob a promessa de receberem pagamentos que serão feitos por meio do advogado.

Esses pagamentos, com efeito, não se incluem na atividade da advocacia e ainda configuram produto de delito, o que autorizaria a quebra de sigilo e busca e apreensões com alvos identificados ou em termos genéricos.

Já sob o ordenamento jurídico português, percebe-se na legislação de regência, notadamente pela redação do artigo 180º do Código de processo penal, um maior detalhamento sobre as buscas e apreensões quando envolvem um domicílio profissional, nomeadamente os escritórios de advogados.

No ordenamento jurídico português, um dos requisitos para a busca e apreensão em escritório de advogado, consoante o n.º 5 do artigo 177º do Código de processo penal é a comunicação prévia da diligência ao presidente do conselho local da Ordem dos Advogados com o fito de possibilitar a ele presenciar e consequentemente fiscalizar o ato, o que revela a preocupação do legislador com a importância da advocacia.

O n.º 2 do artigo 75º da Lei n.º 145/2015 de 9 de setembro, estatuto da Ordem dos Advogados - EOA¹⁵⁸, determina ainda que o juiz comunique previamente o advogado a ela sujeito e a um membro da Ordem dos Advogados - OA.

Contudo, é possível apontar que essa comunicação prévia, a depender da antecedência com que é feita, pode ter o efeito reverso do que pretendeu o legislador, pois é cediço que para o êxito desse meio de obtenção de provas somente os interessados na investigação e a autoridade judiciária tenham conhecimento do ato e a comunicação prévia ao advogado sujeito à busca e apreensão pode, ao contrário, levar à total frustração da medida haja vista que poderá dar fim às provas que se desejam obter.

No caso do membro da OA, tal comunicação também pode levar a uma frustração da medida e não se está aqui a afirmar que o grau de confiabilidade desse membro é menor ou maior do que as demais pessoas envolvidas no ato, mas todos, na qualidade de pessoas, são suscetíveis de praticar atos contrários a lei. O que se quer deixar claro é que, quanto menos pessoas tenham conhecimento do ato, mais chance de sucesso haverá.

¹⁵⁸ Disponível em WWW<URL: <http://www.pgdlisboa.pt>>.

Mas sempre quando a urgência da medida não permitir as notificações prévias, extrai-se dos n.ºs 3 e 4 do artigo 77º do EOA que é possível comunicar imediatamente a diligência a qualquer advogado ou familiares e trabalhadores do advogado sujeito ao ato, tudo com o objetivo de preservar os direitos relacionados à advocacia.

Percebe-se pela definição dada pela legislação de regência brasileira e portuguesa que não se faz necessário para merecer a proteção constitucional e legal que o local seja registrado nos órgãos competentes como escritórios de advogado. Será a definição material, e não a formal, que autorizará a referida proteção.

A mera aposição de uma placa ou de um registro em órgão competente não serve para os fins de proteção legal se no local, ainda que de propriedade ou posse de uma pessoa que seja advogado, não se exerça minimamente as funções intrínsecas a esse mister.

Ao contrário, ainda que o advogado exerça seu mister numa residência, ou faça de parte dela local para arquivo todo o aparato necessário ao exercício da profissão, esse ambiente terá a proteção da inviolabilidade profissional.

Por tal motivo, com as devidas vênias, não se mostra de acordo com o entendimento acima aquele constante no acórdão de 25/05/2013 do Tribunal da Relação de Lisboa proferido nos autos do processo 242/11.3TELSB-C.L1-9, no qual se fixou que "O local de exercício da actividade do advogado deve permitir a este executar adequadamente o patrocínio que o seu cliente lhe confiou, mas não só. Do mesmo passo há-de estar dotado das características adequadas a garantir o cumprimento do complexo de deveres a que o advogado está sujeito, designadamente: para com a Administração da Justiça e a sociedade; para com a Ordem dos Advogados; para com os Colegas e para com todos os seus interlocutores [...]. Este aspecto original, próprio de uma profissão que exerce "uma actividade privada mas de interesse público" e cuja dimensão de elemento indispensável à Administração da Justiça está consagrada na Lei e decorre da própria Constituição. O local de busca em nada se coaduna com um escritório de advogado, antes uma residência privada."¹⁵⁹

¹⁵⁹ Disponível em WWW<URL: <http://www.dgsi.pt>>.

Contudo, pode afirmar-se que nos momentos em que os domicílios profissionais passam a ter outra natureza não há mais que se falar na proteção do sigilo profissional. Ou seja, o local pode ostentar uma placa indicando que ali está um escritório de advogado, pode ser utilizado por pessoas que possuem o título de advogado, mas nunca ali se exerceu tal atividade. E para dirimir essa confusão, inclusive pontuar exatamente se há algum objeto utilizado na atividade da advocacia, não se descarta a utilização de um mandado de busca genérico com a ressalva que posteriormente far-se-á a triagem do que possa ou não estar vinculado à atividade da advocacia.

Indica-se que, sem maiores elementos no caso concreto a autorizar uma busca e apreensão em termos genéricos, esta mostrar-se-á ilegal, tal qual já decidiu o STF no julgamento do *habeas corpus* n.º 91.610, onde afirmou que "tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados".¹⁶⁰

É possível imaginar várias situações de laboratório para o presente estudo, como a existência de um advogado que tenha vários assistidos; ou de vários advogados que não façam parte de uma sociedade, mas que tratem somente de um assistido; de uma sociedade de advogados com vários assistidos ou de vários advogados que compartilhem o mesmo espaço de trabalho, mas que não fazem parte de uma sociedade de advogados.

Em todas elas sempre há de ter-se em conta que os documentos acobertados pelo sigilo não podem servir como prova, mas podem acabar, pela vicissitudes da ação, sendo apreendidos ainda que posteriormente venham a ser liberados.

O artigo 77º do EOA prevê que o advogado, ou quaisquer das pessoas que por Lei devam e possam ser chamadas para acompanhar a diligência, utilize-se da reclamação para preservar o sigilo de documentos ou objetos.

Ao mesmo tempo em que a reclamação serve para esse efeito, permite também que o magistrado que decidirá sobre a existência ou não do sigilo tenha conhecimento do conteúdo analisado. Isso traz inconveniência para o exercício da advocacia, pois, ainda que o magistrado seja obrigado a não revelar o segredo, dele

¹⁶⁰ Disponível em WWW<URL: <http://portal.stf.jus.br>>.

fica ciente. E mais uma vez aponta-se aqui a questão de não se por em causa a ética e confiabilidade de um profissional, no caso o magistrado, mas em sendo pessoa, é passível de falhas e o segredo somente mantém sua eficácia na medida em que menos pessoas dele tiver ciência.

Para evitar essa disseminação do sigilo profissional a melhor solução é que no mandado de busca e apreensão aponte sempre que possível qual é o alvo.

Também deve haver a premissa de que a busca e apreensão deve ter relação com ilícitos praticados pelo advogado, haja vista que, como já ventilado por várias vezes neste trabalho, não é possível a utilização de um direito fundamental como meio para prática de crimes.

De acordo com o que já foi anteriormente indicado neste trabalho a respeito dos requisitos do mandado de busca e apreensão, para que haja a preservação de direitos fundamentais do arguido, e agora também do advogado, é de rigor que se indique de forma precisa qual o conteúdo da busca e apreensão.

Em todas as situações acima, imagina-se uma ordem de busca e apreensão de todos os computadores, documentos e objetos que estejam em poder do advogado, seja ele ou não o visado. Estar-se-á, num caso desses, em verdadeira busca e apreensão genérica, pois a mera menção a esses objetos não é suficiente para precisar o objeto da busca.

Como cediço, nos computadores podem ser armazenados milhares de documentos e pode ser dado aos arquivos/ficheiros qualquer nome e diante dessa realidade não se poderia exigir que as autoridades responsáveis pelas buscas nomeassem qual o nome ou o tipo dos arquivos que desejam, salvo se, por outro meio de prova ou de obtenção de prova, já tiverem ciência desse fato.

Mas em não havendo essa ciência prévia dos arquivos que devam ser apreendidos, não há que se admitir outra solução que não a apreensão da máquina para a análise de todo o seu conteúdo, pois de outro modo seria impossível a obtenção da prova porventura necessária à investigação.

O remédio que o advogado pode lançar mão, como já dito, é a reclamação, mas com as questões que já foram acima levantadas.

O mesmo se pode dizer a respeito de correspondências, correios eletrônicos e documentos, pois tudo o que advogado utiliza e tenha relação com sua profissão se torna sigiloso.

Nessa esteira de raciocínio, cabe concluir que no caso dos domicílios profissionais, por conta da dificuldade em se apontar o objeto da busca e apreensão, esta acabará em regra sendo feita em termos genéricos, mas isso, mesmo diante da existência da reclamação, pode colocar em risco o segredo profissional.

7.1.2.1.3. ORGANIZAÇÃO CRIMINAL, TERRORISMO E EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO

Outro caso em que se pode vislumbrar a possibilidade de utilização de um mandado de busca e apreensão genérico é o caso da criminalidade organizada, ou organização criminal, e o do terrorismo.

Nos diplomas legais, em especial no ordenamento jurídico brasileiro, bem como em tratados internacionais, é possível encontrar uma definição, todas muito similares, para esses fenômenos.

A Organização das Nações Unidas, na alínea a do artigo 2º do anexo I da Resolução n.º 55/25 de 15 de novembro de 2000 - Convenção de Palermo, define organização criminosa nos seguintes termos: *“Organized criminal group” shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit.*¹⁶¹

De acordo com o artigo 1º da ação comum de 21 de dezembro de 1998 do Conselho da União Europeia, “entende-se por «organização criminosa» a associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista cometer infracções puníveis com pena privativa da liberdade ou medida de segurança privativa da liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer

¹⁶¹ Disponível em WWW<URL: <http://www.un.org>>.

essas infracções constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a actuação de autoridades públicas.”¹⁶²

No Brasil, o parágrafo 1º do artigo 1º da Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013, de forma semelhante à resolução citada, define a organização criminal como “a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infracções penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de carácter transnacional.”¹⁶³

Portugal não possui uma lei que defina especificamente o que seja uma organização criminal. No n.º 1 do artigo 299º do Código penal, extrai-se que uma associação criminosa é a formação de um grupo, organização ou associação “cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes” e da interpretação da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que trata das medidas de combate à criminalidade organizada, verifica-se que a legislação reconhece a existência desse fenómeno.

Em que pese a existência das definições legais, é possível verificar que a doutrina enxerga alguma dificuldade em fixar de forma unânime¹⁶⁴ o que seja criminalidade organizada, mas é possível extrair dos fundamentos desse dilema doutrinário um consenso sobre as características e o modo de atuação desse tipo de organização.

É importante apontar que Manuel Valente indica que esse fenómeno é um “conceito confuso e difuso e espelha a dinâmica global da sociedade atual” e alerta para o “temor exacerbado e incontrolável” que os meios de comunicação em massa causam quando utilizam a expressão criminalidade organizada com o mesmo sentido de associações criminosas, grupos criminosos ou bandos criminosos.¹⁶⁵

¹⁶² Disponível em WWW<URL: <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>>.

¹⁶³ Disponível em WWW<URL: <http://www.planalto.gov.br>>.

¹⁶⁴ FABRETTI, Humberto Barrionuevo - O Conceito de Crime Organizado no Brasil: O Princípio da Legalidade, a Lei N. 9.034/95 e a Convenção de Palermo. In MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães - *Crime Organizado*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2012. p. 75.

¹⁶⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - Criminalidade Organizada: Tópico Juscriminológico Supranacional. In PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel

A confusão criada com os conceitos de criminalidade organizada e criminalidade de massa, conforme Manuel Valente, acaba por gerar um inchaço legislativo com o objetivo de combater aquele fenômeno ao invés deste¹⁶⁶, mas alerta o autor: "Contudo este fenômeno, que se enquadra na designada criminalidade de rua ou de massa, projetado pelos *mass media*, não pode deturpar o investigador e cientista na prevenção e repressão de um "crime organizado" que, no fundo, não tem os elementos políticos-criminais, criminológicos e jus criminais que justifiquem a intensificação, a ampliação e a proliferação de meios de investigação promotores de uma total devassa dos direitos e liberdades fundamentais, assentes e germinadores de uma visão distorcida da prevenção e repressão da verdadeira criminalidade organizada. O que temos, em essência, é uma criminalidade estruturada e muito longe da verdadeira criminalidade organizada [aquela que os operadores do Estado não conseguem prevenir e nem reprimir por os agentes da mesma dominarem parte ou partes ou no todo os sistemas de poder do Estado]."¹⁶⁷

Marcelo Batlouni Mendroni, ao comentar as várias tentativas de se conceituar o que seja uma organização criminosa, leciona que "Na verdade, não se pode definir com absoluta exatidão o que seja organização criminosa através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas, como sugerido. Isso porque não se pode engessar este conceito, restringindo-o a esta ou àquela infração penal, pois elas, as organizações criminosas, detêm incrível poder variante. Elas podem alternar suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que, quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la à realidade - aos anseios da sociedade -, já estará alguns anos em atraso."¹⁶⁸

O mesmo autor, ao discorrer sobre o terrorismo, afirma que "organizações criminosas da espécie "Terroristas" também buscam, a exemplo das demais, o eixo "dinheiro-poder". Entretanto, escorados em princípios fundamentalistas, grupos

Monteiro Guedes - *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina. 2017. pp. 133-134.

¹⁶⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Criminalidade Organizada: Tópico Juscriminológico Supranacional*. p. 135.

¹⁶⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Criminalidade Organizada: Tópico Juscriminológico Supranacional*. pp. 135-136.

¹⁶⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni - *Crime Organizado - Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2016. p. 19.

terroristas necessitam do dinheiro para a aquisição de material bélico e do poder para persuadir potenciais novos integrantes [...]."¹⁶⁹

Sem maior necessidade de se investigar conceitos, características, enfim, os elementos que definem e distinguem as organizações criminosas clássicas daquelas que patrocinam o terrorismo, haja vista que tal método acabaria por alongar o presente trabalho, acaba-se por citar a lição de Marcelo Batlouni Mendroni ao indicar que "As suas diferenças básicas em relação às organizações criminosas clássicas são o seu significado e a sua finalidade."¹⁷⁰ Daí poder concluir que, a par das poucas diferenças, apresentam características estruturais e operacionais semelhantes.

Ana Flávia Messa, indica algumas características essenciais apontadas pela doutrina e jurisprudência para chegar a um conceito de crime organizado compatível com a definição da Convenção de Palermo: Complexidade estrutural; Divisão orgânica hierárquica; Divisão funcional; Divisão territorial; Estreitas ligações com o poder estatal; Atos de extrema violência; Intuito do lucro ilícito; Detentora de um poder econômico elevado; Capacitação funcional; Alto poder de intimidação; Capacidade de fraudes diversas; Clandestinidade; Caráter transnacional; Modernidade; Danosidade social de alto vulto; Associação estável e permanentes com planejamento e sofisticação de meios; Impessoalidade da organização.¹⁷¹

Ficam traçadas, portanto, as características básicas das organizações criminosas e do terrorismo e é possível perceber que sua estrutura e modo de atuação são semelhantes, especialmente por serem altamente complexas.

É possível extrair das definições legais, bem como da análise da doutrina, que há um alto grau de complexidade na estrutura e nos meios utilizados pela organização criminosa para a obtenção do lucro ilícito e que essas qualidades dificultam, em muito, a investigação criminal.

Não foi por outro motivo que os diplomas que tratam da recolha de provas nos casos de organizações criminais estabeleceram maior compressão dos direitos fundamentais dos envolvidos, haja vista que nesses casos é possível, além dos meios de provas convencionais, a interceptação telefônica, a gravação ambiental de

¹⁶⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni - *Crime Organizado - Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. p. 83.

¹⁷⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni - *Crime Organizado - Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. p. 84.

¹⁷¹ MESSA, Ana Flávia - Aspectos Constitucionais do Crime Organizado. In MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães - *Crime Organizado*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2012. pp. 99-101.

voz e imagem, a utilização de agentes infiltrados, a quebra de sigilos bancário e fiscal, dentre outros.

Ainda que nesses diplomas legais não se tenha de forma expressa aumentado o grau de compressão dos direitos fundamentais do investigado no que se refira à utilização do mandado de busca e apreensão, é possível que este seja autorizado em termos genéricos num caso concreto até mesmo em razão das características de uma organização criminosa.

A clandestinidade de seus atos, a utilização de terceiros, a simulação de negócios, a rapidez de suas ações, o uso de tecnologia avançada, podem impedir que o Estado indique com precisão ao juiz os locais ou pessoas que serão o alvo da busca.

Em casos da organização praticar crimes como, por exemplo, os de contrabando ou tráfico de drogas, em que o transporte ou acondicionamento desses produtos seja feito de forma pulverizada e ainda camuflada, não se pode vislumbrar outra solução a não ser a utilização de um mandado de busca e apreensão em termos genéricos.

Pode citar-se como exemplo o caso dos traficantes de drogas ilícitas que contratam diversas pessoas para num único ou em vários voos as transportar dos centros produtores aos grandes centros distribuidores.

E ainda é sabido que, tal como a organização criminosa aperfeiçoa seu modo de operar a cada dia, também é possível novos meios de camuflar drogas ilícitas já conhecidas ou ainda novas drogas ilícitas para as quais ainda não há um aparato suficiente de detecção e repressão.

Em tendo a polícia a informação de que certa quantidade de drogas ilícitas está sendo transportada por um ou mais passageiros de um voo internacional, e que tenha tido sucesso em passar pelos sistemas de controle de segurança internos do aeroporto, como os aparelhos *scanner*, busca pessoal, busca por animais treinados para detectar essas substâncias, mas sem saber qual a identidade do ou dos passageiros responsáveis pelo transporte, nada impediria um mandado de busca e apreensão genérica a abranger todos os passageiros e bagagens que estejam na aeronave.

Importante observar que nessa situação hipotética, houve uma atuação gradual dos meios de obtenção da prova, como os aparelhos de busca do sistema de segurança do aeroporto, a utilização de revista pessoal, o uso de animais para detectar tais substâncias, mas pelo desenvolvimento da arte do crime cada vez mais é possível disfarçar o objeto do tráfico internacional de drogas ilícitas.

Certo que com a atual segurança utilizada nos aeroportos a identificação de drogas ilícitas nos corpos e nas bagagens dos passageiros restou facilitada, mas não se desconhece a possibilidade de esse transporte ser feito por outros meios de transporte onde a segurança pré-embarque não é tão rigorosa, como nos ônibus, trens e navios. Aqui o uso do mandado de busca e apreensão genérico também se justificaria em circunstâncias análogas àquelas acima citadas.

O mesmo pode ser dito em relação ao transporte de cargas, onde há *containers* pertencentes a diversas pessoas, naturais ou jurídicas, e ainda a tudo que for ligado à organização criminal, como pessoas, sociedades, imóveis, veículos, entre outros.

Desse modo, observada a proporcionalidade, nada obstará nos casos de investigação relacionadas ao crime organizado ou ao terrorismo a valoração da prova obtida por meio de um mandado de busca e apreensão genérico.

7.1.2.1.4. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO EM VEÍCULOS AUTOMOTORES

Já foi analisada em tópico anterior a questão da busca e apreensão em veículos que se encontram estacionados em uma residência.

Agora será analisada a situação da busca e apreensão a ser realizadas, e ainda de modo genérico, nos veículos que se encontram nas vias públicas.

Como foi citado neste trabalho algumas situações analisadas pela justiça norte-americana, é possível neste momento algumas considerações sobre os resultados obtidos naquele Estado.

No caso *Delaware v. Prouse*, se entendeu que pelo fato de muitas pessoas passarem boa parte do dia, e durante um longo período de suas vidas, os veículos estariam sujeitos à proteção da quarta emenda do *bill of rights*.

Com efeito, em utilizando os conceitos dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, não se encontra muita dificuldade em se concluir que um veículo particular não é um compartimento aberto ao público e nessa condição não pode sofrer uma busca e apreensão, fora dos casos de flagrância ou urgência, sem que seja expedido um mandado de busca e apreensão pela autoridade judicial.

Certo que os agentes públicos, ao pararem um veículo, podem sem maiores dificuldades solicitar que o condutor sai dele para, por exemplo, verificar se está embriagado ou sob efeito de substâncias estupefacientes.

Também é possível admitir que os agentes públicos solicitem a documentação pertinente para verificar se o condutor e o veículo estão em situação regular e ainda é possível admitir que os agentes avaliem as condições externas do veículo, inclusive determinando que o condutor realize comandos, como ligar os faróis, setas e que apresente objetos de segurança obrigatórios como o triângulo.

O que não se pode admitir é uma busca e apreensão no interior do veículo se o condutor ou aquele que tem o domínio sobre o veículo não a autorize. Vale recordar que vários caminhões possuem em seu interior compartimento de descanso tal qual um cômodo, o que reforça ainda mais o argumento de que esses veículos estão protegidos pelo direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.

Entretanto, pode-se admitir que a autoridade judicial expeça um mandado de busca e apreensão genérico no caso de suspeita de determinado veículo transportar objetos ilegais, tal qual já indicado nos casos de criminalidade organizada, mas não se puder individualizar, desde logo, tal veículo.

Em havendo suspeita de, por exemplo, um caminhão da marca X, de cor branca, sabidamente em determinada autovia, transportando objeto ou prova de crime, é possível que os agentes de segurança solicitem ao juiz um mandado de busca e apreensão genérico para parar e realizar a busca em todos os veículos que se encaixem naquelas características.

Ao contrário do que ocorre com a escuta telefônica, que somente pode ser autorizada em crimes de catálogo e que somente admite os conhecimentos fortuitos

também para crimes de catálogo como bem observou Francisco Aguilar¹⁷², já foi dito neste trabalho que no caso de mandado de busca e apreensão não há que se falar em crimes de catálogo, o que autorizaria a utilização de outros bens apreendidos como meio de prova em outros processos, ou seja, admitir-se-ia o conhecimento fortuito nesse caso, sendo recomendável que para tal situação houvesse uma disciplina legal.

Contudo, em se tratando de mandado de busca e apreensão genérico, onde o grau de compressão de direitos é mais acentuado, o conhecimento fortuito deve ser tratado com cautela e somente deve ser admitido se observada a proporcionalidade no modo de condução dessa diligência.

No mesmo exemplo acima da busca e apreensão genérica de todos os caminhões da marca x, cor branca, em determinada autovia, com o objetivo de se encontrar armas longas, ou ainda objetos fruto de contrabando de grande tamanho como computadores de mesa ou televisores, não haverá qualquer motivo para as autoridades, em parando um caminhão que se encaixe nas características acima, fazer buscas em pequenos compartimentos do veículo ou nas pequenas bagagens ou mochilas, que ali se encontrarem.

Essa busca e apreensão, nesta parte, demonstrar-se-á desproporcional e nessa qualidade não pode ser admitida por violar direito fundamental.

7.1.2.1.5. A CONFIGURAÇÃO URBANA COMO FUNDAMENTO PARA EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO

Certo é que a situação das favelas, bairros de lata, e dos bairros de periferia, em especial no caso do Brasil, caracteriza-se por ter um grande número de habitantes e elevada desorganização urbana, o que permite que grupos criminosos violentos ali surjam, permaneçam e utilizem tal desorganização e a ausência efetiva do Estado como um escudo contra as forças de segurança desse mesmo Estado.

Consoante a lição de Celson Ferrari, a favela pode ser definida como "1. Conjunto de moradias urbanas subnormais, construídas com material inadequado

¹⁷² AGUILAR, Francisco - Notas Reflexivas... pp. 562-563.

como papelão, folhas de metal, tábuas velhas, materiais de demolição, etc., em locais quase sempre insalubres, íngremes e desprovidos de equipamentos urbanos, sendo habitadas na maioria por migrantes desempregados ou subempregados, sem quase nenhuma renda [...] 2. Local ocupado por habitações subnormais, de forma não controlada ou caótica. Em Portugal: *bairro de lata*."¹⁷³

E, apesar de notória a ideia que o imaginário popular tem das favelas, e que fique bem claro que esse imaginário é o das pessoas que não vivem ou sequer adentraram em uma favela, torna-se interessante, para deixar mais claro como é o ambiente, o que sejam os equipamentos urbanos, ou equipamentos públicos que não se encontram presentes nesses locais.

Para Celson Ferrari, equipamentos públicos são "Obras e serviços públicos ou de utilidade pública, que contribuem para a plena realização da vida de uma população [...]"¹⁷⁴ e dividem-se em "equipamentos públicos comunitários, que são de interesse geral da comunidade [...] educação, cultura, saúde, lazer e similares [...]" e em equipamentos públicos urbanos, que são os especificamente vinculados à plena realização da vida urbana: abastecimento de água, serviços de esgoto, energia elétrica, coleta de águas pluviais, rede telefônica e canalização de gás."¹⁷⁵

Em análise aos conceitos acima, conclui-se que as favelas são ambientes de pobreza, de desorganização urbana, desprovidas do mínimo necessário para uma qualidade de vida digna.

E aqui se começa apontar as falhas do Estado que levaram à existência de um cenário urbano tão indesejado.

Não houve fiscalização do Estado na ocupação irregular do solo, pois não se concebe que uma comunidade inteira possa assentar-se numa extensa área urbana em tão curto período de tempo. Por tal razão, conclui-se que essa ocupação ocorreu de forma lenta e gradual, com a anuência ou, pelo menos, leniência do Estado.

Houve falha do Estado em não promover uma política de moradia para a população carente e desprovida de recursos e, mais uma vez, percebe-se aqui uma certa aceitação do Estado no surgimento desses aglomerados de desorganização urbana.

¹⁷³ FERRARI, Celson - *Dicionário de Urbanismo*. 1ª ed. São Paulo: Disal Editora. 2004. p. 163.

¹⁷⁴ FERRARI, Celson - *Dicionário de Urbanismo*. p. 142.

¹⁷⁵ FERRARI, Celson - *Dicionário de Urbanismo*. p. 142.

E, já tornada realidade esses grandes aglomerados de desorganização urbana, mais uma vez há a falha do Estado em não promover, ao menos, ações para minimizar tais falhas, para instituir os equipamentos públicos necessários e, desse modo, demonstrar para a população, não somente das favelas, mas para a sociedade em geral, que apesar de tudo que houve e apesar do ponto em que chegou, está, pelo menos, minimizando os efeitos negativos de uma política urbana desastrosa.

Em suma, o Estado sempre se fez ausente, mas com o aumento da criminalidade organizada e violenta que se instalou nesses aglomerados, quer agora se fazer presente com o uso das forças de segurança pública sob o manto da intervenção federal, no caso do Brasil, e clama ao Poder Judiciário a expedição de mandados de busca e apreensão genéricos com o objetivo de extirpar essa criminalidade que assola não só as favelas, mas toda a sociedade.

Essa desorganização, por si somente, não pode autorizar a expedição de um mandado de busca e apreensão genérico. A medida sugerida pelo governo federal brasileiro, por afastar-se do traçado legal que obriga o Estado a determinar com exatidão a residência em que ele retirará a proteção à inviolabilidade, carece de uma justificativa plausível para que no caso concreto se pondere adequadamente os direitos e garantias em conflito.

Numa situação de normalidade referente à organização do espaço urbano, é possível aos órgãos encarregados da investigação criminal indicar os locais onde se poderão recolher as provas necessárias não só para iniciar uma persecução penal, como também para garantir o seu sucesso.

E ressalta-se que essa situação de normalidade não significa que a busca da prova será fácil, pois, como é cediço, as investigações são sempre delimitadas, juridicamente, por regras constitucionais e infraconstitucionais, e no caso concreto dos meios dos quais dispões os órgãos investigativos, da capacidade e eficácia desses órgãos em utilizar esses meios, e, ainda, por eventos alheios, como aquelas provas que, sem qualquer explicação científica, simplesmente surgem e fecham o ciclo probatório necessário para o sucesso do processo criminal.

Há situações, contudo, em que se verificará uma maior dificuldade na realização da busca, em especial pelo tipo de ambiente em que será realizada.

Parte-se da premissa que, para a busca, os órgãos de investigação já devem estar munidos de elementos suficientes para, no local alvo, haver grande probabilidade de ali estar uma prova necessária para a investigação.

Sem o mínimo de indícios, ainda que numa situação de ordenação urbana, com prédios e casas situados em logradouros nomeados e com sua respectiva numeração, sequer é possível permitir uma busca, devido ao seu caráter extremamente invasivo da privacidade, não se pondera que com uma mera suposição o domicílio poderá ser devassado.

Traz-se para este ponto o mesmo entendimento contido na quarta emenda do *bill of rights* e na decisão da justiça norte-americana já indicada neste trabalho que a mera suspeita, ou mero boato não pode fazer às vezes de um juramento solene com base em pelo menos indícios da prática de um delito.

Passa-se agora para um ambiente altamente desorganizado, como a realidade das favelas. Prédios, casas, barracos, ou qualquer outra forma de construção feita em desacordo com os mínimos padrões de arquitetura e engenharia. Sobreposições, sub-divisões, tudo amontoado em logradouros despidos de nomes ou numeração, conforme definido acima. Locais onde somente se chega por quem conhece a região, especialmente pelo fato de ser residente ali. Locais que um não residente, ou não frequentador, muito provavelmente não seria capaz de encontrar.

Mesmo aqui deve haver sempre a cautela da utilização de outros meios de prova menos intrusivos antes de lançar mão de um mandado de busca e apreensão genérico.

Uma solução que traria essa compressão em menor grau, seria o uso dos aparelhos de tecnologia para mapeamento da área. Um sistema moderno de localização, por meio do uso de *drones* equipados com câmeras de calor, capaz de identificar um ser humano por detrás de obstáculos, foi recentemente utilizado na cidade de São Paulo/São Paulo, Brasil, para ajudar na busca por sobreviventes do desabamento de um edifício.¹⁷⁶ O mesmo equipamento poderia ser utilizado para

¹⁷⁶ Disponível em WWW<URL: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/bombeiros-vao-usar-drones-com-camera-de-calor-na-busca-por-vitimas-de-predio-que-desabou-em-sp.ghhtml>>.

ajudar no mapeamento da região e de locais onde já se identificou serem utilizados por visados em uma investigação criminal.

Mas mesmo tais intervenções tecnológicas, ainda que não considerada uma entrada física dos agentes do estado numa residência, não deixam de ser uma possível invasão, um olhar indevido do Estado na intimidade das pessoas, e por tal motivo também estão, em tese, sujeitas às mesmas regras da proteção do domicílio.¹⁷⁷

Diz-se em tese porque apesar desses meios tecnológicos causarem violação do direito à intimidade e privacidade das pessoas, pode considerar que essa violação é em menor grau do que aquela feita pelos próprios agentes do Estado, pois as pessoas não sabem que estão sendo vigiadas e por isso, física e psicologicamente, não passarão pela experiência traumática da invasão de sua residência por pessoas físicas.

Aqui se poderia admitir a utilização de um mandado de busca *sui generis* a ser executado apenas por meios tecnológicos, sem a presença física dos agentes do Estado, e assim estaria legitimada a prova colhida por tal tecnologia em meio digital.

Mas em não sendo suficientes as provas obtidas por esses meios tecnológicos, estes servirão para comprovação de que o Estado poderá utilizar outros com maior grau de compressão dos direitos fundamentais.

Também se poderia utilizar a escuta telefônica e, apesar de gerar grave risco à vida de um agente público, a utilização de agentes infiltrados, o que é permitido tanto no ordenamento jurídico português, conforme disciplina a Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto¹⁷⁸, quanto no brasileiro, conforme a Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013¹⁷⁹.

Essa gradação por certo traz menor celeridade à elucidação dos fatos, em especial quanto ao uso do agente infiltrado, haja vista que o agente deve galgar uma série de etapas até conseguir a confiança dos delinquentes e os dados necessários para o sucesso de uma persecução penal.

¹⁷⁷ ANDRADE, Manuel da Costa - *Bruscamente no Verão Passado*. p.336.

¹⁷⁸ Disponível em WWW<URL: <http://www.pgdlisboa.pt>>.

¹⁷⁹ Disponível em WWW<URL: <http://www.planalto.gov.br>>.

Se cumpridas todas essas etapas e, mesmo assim, ainda ficar clara a necessidade da utilização de outros meios de produção de prova, entre eles o mandado de busca e apreensão na sua forma genérica, aí se estará legitimada sua expedição.

7.1.2.1.6. ESTABELECIMENTOS PENAIS

7.1.2.1.6.1. MANUTENÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA PRESA

É de conhecimento notório que o ambiente penitenciário não é salutar, seja para aqueles que ali cumprem a pena privativa de liberdade, seja para aqueles incumbidos de velar pela organização e controle dos estabelecimentos penais ou seja para a própria sociedade em geral, que a depender do modo como são gerenciados esses ambientes ou do modo como se estabelece a execução penal, irá sofrer os efeitos da conduta do egresso que não foi capaz de se reintegrar, seja por condições unicamente imputáveis a ele, seja porque houve falha no Estado no processo de execução penal.

Mirabete lembra que "[...] embora o pensamento dominante se funde na ressocialização, é preciso nunca esquecer que o direito, o processo e a execução penal constituem apenas um meio para a reintegração social, indispensável, mas nem por isso o de maior alcance, porque a melhor defesa da sociedade se obtém pela política social do Estado e pela ajuda pessoal".¹⁸⁰

Contudo, o que se percebe na República Federativa do Brasil é a ínfima preocupação do Estado com a política social bem como com o sistema penitenciário.

Na obra *História das Prisões no Brasil*, seus organizadores colocam com propriedade na introdução que "as prisões modernas parecem já nascer sendo percebidas como tortas e quebradas. Ao mesmo tempo, parece perdurar uma esperança de que possam funcionar bem, e ser o lugar da recuperação de que elas

¹⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. - *Execução Penal*. 12ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2014. p. 7.

possam funcionar bem, e ser o lugar da recuperação daqueles que se desviaram das condutas socialmente aprovadas. Recuperação ou castigo, boa ou má solução para a criminalidade, a prisão é um debate permanente, que durante muito tempo serviu aos governos como exibição de sua modernidade, de sua adesão aos princípios liberais. De uns tempos para cá, os governos deixaram de considerar a prisão um bom tema político e, principalmente, um bom lugar para o investimento público. Continuam a falar em mais prisões, em prisões melhores [...] mas vão relegando-as ao abandono, como um apêndice incômodo que gostariam de esquecer, do qual não sabem se livrar. [...] Quando se observam as explosões de violência, a superlotação do sistema carcerário e seu colapso iminente [...] é inevitável pensar em como, nos últimos anos, a criminalidade tomou tanto vulto, como problema real e objeto de debate [...] A superpopulação carcerária afronta a condição humana dos detentos, aumenta a insegurança penitenciária, o abuso sexual, o consumo de drogas, diminui as chances de reinserção social do sentenciado além de contrariar as condições mínimas de exigências dos organismos internacionais".¹⁸¹

Andrei Zenkner Schmidt afirma: "Já os direitos sociais, contudo, sequer são plenamente satisfeitos em relação à sociedade não-desviada, ou seja, não existe, atualmente, uma grande preocupação com a satisfação dos direitos à saúde, à moradia, ao lazer, etc., e isso no ambiente social "não-prisional"; o que se dizer, então, do ambiente prisional? Em outras palavras: o cidadão comum, não desviado, até se vê respeitado, em algumas ocasiões, no que se refere aos direitos de liberdade; já as necessidades sociais deste mesmo cidadão brasileiro, contudo, não vêm sendo supridas a contento, e isso faz com que, infelizmente, como que numa espécie de "fila" de prioridades, o Estado veja-se comprometido, primeiro, a satisfazer as necessidades sociais da sociedade não-desviada, para, só após, suprir essas mesmas necessidades no ambiente prisional. E, à vista do descaso político-social em que vivemos, acaba-se originando um discurso jurídico no sentido de se

¹⁸¹ MAIA, Clarissa Nunes et al. - Introdução: História e Historiografia das Prisões in. MAIA, Clarissa Nunes et al. - *História das Prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rocco. 2009. V. 1. pp. 9-10.

impedir a satisfação de direitos sociais dos presos (sociedade ruim) antes que a sociedade boa tenha esses mesmos interesses inteiramente adimplidos."¹⁸²

O autor indica que essa fato não pode ser tolerado por várias razões, em especial pelo fato de a pessoa presa já não contar com o gozo da liberdade, da impossibilidade de, pela restrição da sua liberdade, velar pela sua saúde, segurança, lazer e ainda pelo fato do ambiente carcerário ser insalubre, com alto índice de doenças.¹⁸³

O peculiar ambiente carcerário bem como os motivos que levam ao encarceramento de alguém não podem ser atribuídos tão somente ao condenado, mas também a toda a sociedade e ao Estado¹⁸⁴ e o que se percebe é que nesse ambiente, tal qual em outras áreas, o Estado não demonstra qualquer interesse no respeito aos direitos e garantias fundamentais, aqui incluídos os direitos sociais¹⁸⁵.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 5º, incisos XLV a L, apresenta o norte que as diretrizes de aplicação da pena devem seguir e de uma leitura lógico-sistemática desse dispositivo pode inferir-se que aos presos são conferidos os mesmos direitos fundamentais que a qualquer outra pessoa.

A única diferença, no caso específico do Brasil, é que, nos termos do inciso III do artigo 15 da Constituição¹⁸⁶, apenas são suspensos os direitos políticos durante o período de cumprimento da pena e fica claro que é vedada expressamente a sua cassação enquanto durar o cumprimento da pena. Finda esta, os direitos políticos são prontamente restabelecidos independentemente de qualquer iniciativa por parte do egresso.

Andrei Zenkner Schmidt, traz em sua lição essa mesma conclusão, de que os direitos fundamentais são mantidos em relação à pessoa presa, quando afirma que "[...] merece destaque que o único direito que foi restringido, pelo constituinte, em relação aos brasileiros e estrangeiros que estejam cumprindo sanção penal imposta definitiva, é o direito de votar e ser votado, já que o art. 15, inc. III, autoriza a suspensão de direitos políticos como efeito da sentença penal condenatória. Assim,

¹⁸² SCHMIDT, Andrei Zenkner - Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In CARVALHO, Salo de, - *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007. Parte III.. p. 233.

¹⁸³ SCHMIDT, Andrei Zenkner - Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. p. 233.

¹⁸⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner - Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. p. 234.

¹⁸⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner - Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. p. 235.

¹⁸⁶ Disponível em WWW<URL:http://www.planalto.gov.br>.

não há razão plausível para não se considerar que também os apenados sejam titulares de todas as garantias arroladas no art. 5º, além de outras consignadas no corpo da Constituição e os direitos sociais nela contidos."¹⁸⁷

O fato de a Constituição assegurar ao preso, de forma expressa no artigo 5º, inciso XLIX, o respeito à integridade física e moral, não pode levar à conclusão de que somente esses dois direitos são garantidos durante o período do cumprimento da pena.

Pode-se perceber que na Constituição da República Federativa do Brasil, após um longo período do exercício do poder pelos militares e de inúmeras denúncias de maus-tratos dispensados aos presos durante essa fase, houve uma preocupação, um cuidado extra para que tais abusos não se repetissem na nova fase democrática que se iniciou em 1988.

Não foi apenas durante o período de governo militar que abusos foram detectados nos estabelecimentos penais. A história do aprisionamento ilustra com precisão a necessidade de se preservar os direitos da pessoa presa.

Mirabete leciona que "o interesse atual pelos direitos do preso é, de certa forma, um reflexo do movimento geral de defesa dos direitos da pessoa humana. Ninguém ignora que os presos, em todos os tempos e lugares, sempre foram vítimas de excessos e discriminações quando submetidos aos cuidados de guardas ou carcereiros de presídios, violando-se assim aqueles direitos englobados na rubrica de "direitos humanos".¹⁸⁸

Na forma de um estado democrático de direito, ao assegurar expressamente a todas as pessoas o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, não se pode aceitar que aquele privado da liberdade por conta de imposição penal, seja privado desses demais direitos, com a exceção óbvia do direito à liberdade que, por conta da ponderação de direitos, é aceita.

Andrei Zenkner Schimidt também reafirma tal conclusão ao dispor que "Uma primeira decorrência dessa Constituição Cidadã é o fato de o apenado não ser um objeto de execução, mas sim o sujeito da execução, portando direitos idênticos (salvo exceções antes vistas) aos dos demais cidadãos. Assim, possui ele, por um

¹⁸⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner - Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. p. 215.

¹⁸⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. - *Execução Penal*. p. 111.

lado, o direito de respeito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, e, por outro, o direito de exigir educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência [...] A única possibilidade de não se chegar a essa conclusão seria afirmando que o preso não foi tratado como um titular de direitos e deveres individuais pelo constituinte originário. Isso demandaria que os arts. 5º a 7º da Constituição, salvo no que se refere às exceções constitucionalmente contempladas, não se aplicassem à execução penal, solução esta cujo despautério imanente dispensa maiores comentários."¹⁸⁹

Mirabete também acompanha o mesmo entendimento ao lecionar que "A doutrina penitenciária moderna, com já foi visto, com acertado critério proclama a tese de que o preso, mesmo após a condenação, continua titular de todos os direitos que não foram atingidos pelo internamento prisional [...]. Por estar privado de liberdade, o preso encontra-se em uma situação especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos na Constituição Federal e nas leis, mas isso não quer dizer que perde, além da liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação. Além disso, a execução da pena deve estar em consonância com os fins a ela atribuídos pelo ordenamento jurídico e, por essa razão, cumpre determinar, em função dela, a condição jurídica do preso a fim de que a execução, tanto quanto possível, possa assemelhar-se às relações da vida normal. Tornar-se-á inútil, conforme se assinala na exposição de motivos, a luta contra os efeitos nocivos da prisionalização, sem que se estabeleça a garantia jurídica dos direitos do condenado, configurando o reconhecimento dos direitos da pessoa presa uma exigência fundamental nos métodos e meios da execução penal."¹⁹⁰

Desse modo, aos presos são assegurados os direitos fundamentais compatíveis com tal condição, tão somente enquanto durar o cumprimento da pena.

Dentro do estabelecimento penal, por conta das consequências inerentes à vida intra-muros, alguns direitos fundamentais, como a liberdade, são comprimidos diante da existência de outros direitos que nesse cenário deverão prevalecer.

¹⁸⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner - Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. p. 221-222.

¹⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. - *Execução Penal*. pp. 111-112

O direito à intimidade, à privacidade e à inviolabilidade da cela onde cumpre a pena, também poderão ser comprimidos em casos de colisão de direitos fundamentais. Mas antes da compressão, deve ser fixado se a cela onde o preso se aloja durante seu encarceramento pode ser compreendida na expressão casa.

7.1.2.1.6.2. ESTRUTURA DOS ESTABELECIMENTOS PENAIS

Os estabelecimentos penais do sistema penitenciário brasileiro são classificados de acordo com o tipo de regime de cumprimento de pena, conforme se infere das alíneas a, b e c do parágrafo primeiro do artigo 33 do Código penal brasileiro.¹⁹¹

A arquitetura prisional tem relevante papel no decorrer da execução penal, pois não se pode conceber que o estabelecimento penal seja apenas um depósito ou um amontoado de pessoas presas num único espaço e a evolução dos estudos interdisciplinares da execução penal levou à preocupação sobre tal arquitetura.¹⁹²

Merece destaque a lição de Mirabete quando afirma que "uma etapa importante na arquitetura dos estabelecimentos prisionais, porém, só ocorreu no século XIX, quando a preocupação com as possibilidades de fuga levou à criação do sistema de isolamento em celas individuais que, nesse aspecto, contribuiu para diminuir a sórdida promiscuidade reinante até então nos presídios. Essa preocupação uniu-se às primeiras teorias a respeito dos regimes penitenciários fundados no sistema celular pensilvânico, reconhecendo-se então que o estabelecimento penal devia obedecer a um desenho especialmente idealizado para a prisão, ou seja, que ele devia ser construído em função dos objetivos propostos para a pena privativa de liberdade".¹⁹³

¹⁹¹ Artigo 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 1º - Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

¹⁹² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. - *Execução Penal*. p. 258.

¹⁹³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. - *Execução Penal*. p. 258.

Mirabete escreve, em relação ao regime fechado, que "devem cumprir pena nesse regime os presos de periculosidade extrema, assim considerados na valoração de fatores objetivos: quantidade de crimes, penas elevadas no período inicial de cumprimento, presos reincidentes etc. [...] a periculosidade pode ser avaliada criminologicamente (risco de cometer novos crimes, entre os de maior gravidade) ou penitenciariamente (risco de alterações graves da ordem e segurança dos estabelecimentos)".¹⁹⁴

Por sua vez, a Lei nº 7.210 de 11 de novembro de 1984, intitulada Lei de execuções penais - LEP¹⁹⁵, define que os condenados a cumprirem pena no regime fechado serão alojados em celas individuais¹⁹⁶ nas penitenciárias¹⁹⁷ e que os condenados a cumprirem pena do regime semi-aberto poderão ser alojados em compartimento genérico¹⁹⁸ em colônia agrícola, industrial ou similar.

O CEPMPL¹⁹⁹, nos seus artigos 12º a 15º, define as modalidades do regime de execução da pena de forma semelhante à feita pela LEP.

Já foi indicado neste trabalho o conceito do que pode ser denominado casa e seguindo o conceito legal e a conformação dos estabelecimentos penais brasileiros pode chegar-se à conclusão de que a cela, a masmorra, o claustro, ou qualquer outra expressão que o valha e que indique o local onde o preso permaneça para o seu período de repouso quando não esteja nas áreas comuns do presídio, está compreendido no que o legislador determinou como sendo casa para os efeitos penais.

Mesmo que a cela seja um compartimento devassado em razão das grades que impedem a saída do preso para as áreas comuns do estabelecimento penal, não deixa de ser um ambiente onde ao preso ainda é assegurada alguma privacidade, intimidade e segurança. E por tal motivo também deve ser aplicada aqui a doutrina da legítima expectativa de privacidade (*Legitimate Expectation of Privacy Doctrine*) criada pela justiça norte-americana.

¹⁹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. - *Execução Penal*. p. 278

¹⁹⁵ Disponível em WWW<URL: <http://www.planalto.gov.br>>.

¹⁹⁶ Artigo 88 da LEP.

¹⁹⁷ Artigo 87 da LEP.

¹⁹⁸ Artigo 92 da LEP.

¹⁹⁹ Disponível em WWW<URL: <http://www.pgdlisboa.pt>>.

E conforme já foi ilustrado neste trabalho de investigação, a casa surge e tem como função primordial ser um ambiente onde a pessoa tem asseguradas, tal qual o preso numa cela, sua privacidade, intimidade e segurança.

Se ambos os compartimentos possuem características físicas semelhantes e exercem a mesma função, possuem a mesma utilidade e causam os mesmos efeitos, não há razão suficiente para que haja uma distinção entre eles e portanto ambos devem ser considerados casa e receber a mesma proteção constitucional e legal.

Contudo, é certo que, por conta da situação legal da pessoa presa, por evidente privada de liberdade, algumas dessas funções serão diminuídas enquanto outras poderão permanecer inalteradas.

A LEP, estabelece que um de seus objetivos é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado²⁰⁰ e que serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou a lei.²⁰¹

O CEPMPL, à semelhança do que ocorre com a LEP, também estabelece no n.º 1 de seu artigo 2º que "A execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade visa a reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, a proteção de bens jurídicos e a defesa da sociedade."

E nos seus artigos 3º e 4º, o CEPMPL traz como princípios orientadores da execução, dentre outros, o respeito pela dignidade humana e demais princípios consagrados na Constituição da República Portuguesa e, "na medida do possível, evita as consequências nocivas da privação da liberdade e aproxima-se das condições benéficas da vida em comunidade."

Não é por outro motivo que o fundamento da execução penal não é meramente a retribuição do mal por um outro mal, mas também é pedagógico, de caráter ressocializador. E se o fundamento é pedagógico, por certo deve ser balizado por um conjunto de direitos e deveres e de um poder disciplinar.²⁰²

²⁰⁰ Artigo 1º da LEP.

²⁰¹ Artigo 3º da LEP.

²⁰² SCHMIDT, Andrei Zenkner - Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. p. 208

E entre os deveres que a referida lei de regência determina em relação ao preso é a higiene pessoal da cela ou do alojamento e a conservação de seus objetos de uso pessoal.

Já se pode extrair desses deveres da pessoa presa a imposição legal ao Estado em garantir a ela as condições, por mínimas que sejam, para que lhe seja possível cumpri-los com exatidão e deve ser concluído necessariamente que uma dessas condições é a atribuição ao preso de um espaço no qual tenha um certo poder de controle ou organização, pois, caso contrário, não se poderá apená-lo pelo descuido de um espaço sob o qual não tenha qualquer ingerência.

A LEP também traz um rol de direitos²⁰³ da pessoa presa, mas não se pode entender que o rol escolhido pela lei tem caráter taxativo.

Isso porque nesse rol de direitos não se verifica expressamente os direitos fundamentais garantidos pela Constituição, como por exemplo, o direito à vida ou o direito à propriedade.

Também não se verifica nesse rol outros direitos que são extraídos de outros dispositivos da própria lei de execução penal, como por exemplo o direito à permissão de saída²⁰⁴ e o direito à saída temporária.²⁰⁵

Fica fácil, portanto, vislumbrar que se há outros direitos previstos em outros diplomas legais, e ainda ao longo do mesmo diploma legal, o rol apresentado do artigo que trata especificamente dos direitos do preso não pode ser taxativo o que, em tese, pode permitir a inclusão do direito à inviolabilidade de sua cela.

O direito fundamental à vida, atribuído a todas as pessoas presas, somente merece uma cláusula de exceção determinada de forma expressa pela Constituição da República Federativa do Brasil e isso somente se observa nos casos de guerra declarada.²⁰⁶ Em Portugal, o n.º 2 do artigo 24º proíbe a pena de morte em qualquer caso e tal pena também é vedada por força da CEDH.

Em não havendo condenação à pena de morte, nos casos legalmente determinados, não há qualquer outra justificativa para que o Estado, em condições

²⁰³ Artigos 40 a 43 da LEP.

²⁰⁴ Artigo 120 da LEP.

²⁰⁵ Artigo 122 da LEP.

²⁰⁶ Artigo 5º. [...] XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX [...].

normais da vida do presídio, deixe de velar por esse direito, seja na forma de prestação positiva, ao efetivar todos os meios possíveis e necessários para que a pessoa presa, durante o cumprimento da pena, tenha as condições mínimas para a manutenção da vida, seja ainda na forma negativa, ao lhe ser proibido agir contra a vida da pessoa presa.

Em relação ao direito da pessoa presa à segurança, diante da ausência de cláusula de exceção ou de situações em que poderá haver conflito de princípios, não se pode conceber que haja qualquer compressão, uma vez que num Estado democrático de direito onde se determina expressamente o direito à vida e à segurança, e ainda mais o direito à integridade física e moral, as autoridades públicas não só podem, como devem velar pelo cumprimento desse direito.

Dentre os outros direitos fundamentais atribuídos a todas as pessoas, inclusive as presas, estão o direito à intimidade, à vida privada e ainda à honra. Todos esses direitos estão, de algum modo, ligados de forma umbilical ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.

Andrei Zenkner Schmidt, ao tecer críticas sobre a ideologia da defesa social, afirma que "[...] um direito individual não pode ser concretamente lesado (p. ex., restringir a privacidade dos presos com a instalação das câmeras nos estabelecimentos penais) em nome de uma suposta necessidade de proteção social que não se encontra empiricamente demonstrada ou demonstrável. Assim, não se pode tolher um direito individual atual com base num remoto direito social futuro, uma probabilidade que pode até não se verificar."²⁰⁷

Apesar da vida carcerária demandar uma vigilância mais acentuada, não se admite a compressão dos direitos e garantias individuais da pessoa presa pelo simples fato de se encontrar nessa condição, pois, como já foi afirmado, a condenação por delitos não retira todos esses direitos. Há de haver uma condição de precedência capaz de autorizar, num determinado caso, a compressão dos direitos fundamentais que orbitam na execução penal.

E Andrei Zenkner Schmidt continua a indicar a necessidade de observar tais direitos, uma vez que sua violação acaba por refletir também nos familiares ou agregados da pessoa presa com a realização de revistas íntimas para barrar a

²⁰⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner - Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. p. 218.

entrada de produtos proibidos sem que haja o mínimo de dúvida fundada para que tal revista seja realizada e se há métodos menos intrusivos e lesivos para o tal controle, a estes deverá ser dada preferência no caso concreto.²⁰⁸

Como já foi mencionado neste trabalho de investigação, o domicílio, a casa, têm como função ser o local onde a pessoa humana encontra seu refúgio, sua segurança, seu conforto.

Não se pode conceber desse modo que, mesmo num presídio, ainda que ali se encontrem as pessoas presas pelos crimes mais graves, as celas não se encontrem compreendidas no conceito de casa.

Contudo, o direito à inviolabilidade das celas, diante dos outros direitos em causa, nomeadamente o direito à segurança, por certo devem ser comprimidos. Caso não haja tal compressão, há a possibilidade de que os fins do Estado democrático de direito sejam seriamente frustrados e porventura também os direitos fundamentais de todas as outras pessoas que não se encontram presas.

As pessoas presas, por sofrerem condenação criminal, demonstraram (e podem ainda demonstrar) risco à segurança pública, por óbvio. Caso contrário, continuariam em liberdade, mas sob outro tipo de sanção estatal.

Se tais pessoas demonstram risco à sociedade, caso se encontrem extra-muros, também é certo que, no ambiente intra-muros, causam risco à comunidade e ao ambiente carcerário. E essa comunidade, também destinatária do princípio da dignidade humana e dos demais direitos fundamentais, não pode ficar desprovida desses direitos.

Não é por outro motivo que se admite nesse ambiente carcerário a adoção de uma disciplina rígida e ainda a busca nas celas, quando se demonstre necessária.

Algumas questões se apresentam agora: se na cela se deve preservar os direitos fundamentais da pessoa presa, em especial o direito à intimidade, privacidade e dignidade, será necessária uma autorização judicial para que se proceda a uma busca e apreensão neste local? E, em sendo necessária, deverá ser feita de modo individualizado ou genérico?

²⁰⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner - Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. p. 228.

7.1.2.1.6.3. EXECUÇÃO DE UMA BUSCA E APREENSÃO EM UMA CELA

No ordenamento jurídico brasileiro, não há um diploma legal que regulamente, de forma geral, como se dá a disciplina da vida carcerária, em especial como se dará as revistas, buscas e apreensões nas celas. A legislação é pulverizada em cada ente federativo da República, cabendo tal papel a normas infra-legais.

No caso do Distrito Federal, onde se encontra a capital da República Federativa do Brasil, os agentes de atividade penitenciária seguem os manuais da Escola Penitenciária do Distrito Federal.

Em um deles, sobre procedimentos de segurança, doutrinam-se os agentes de atividade penitenciária como proceder à busca e revista de celas.

Transcreve-se aqui, parte do manual no que diz respeito à natureza e do momento em que deve ocorrer esse tipo de ação: "A revista de cela é uma das ações mais básicas e importantes na manutenção de um estabelecimento penal. Normalmente ela deve ocorrer diariamente, quando os custodiados estiverem no banho de sol, ou a qualquer momento em que os agentes entenderem necessária tal ação, desde que devidamente comunicada à chefia imediata".²⁰⁹

Também se transcreve a seguir os objetivos de tal diligência: "É na revista de cela que se constata: a segurança do local (dano as estruturas); se há indícios de fuga; se há objetos proibidos no interior da cela [...] retirada de excesso de objetos, roupas, lixo, etc."²¹⁰

O referido manual também traz o modo como se deve fazer a revista, como por exemplo com o uso de detector de metais, com a observação de colchões, vasos sanitários, pias, livros, embalagens de alimentos e enxoval, entre outros procedimentos.²¹¹

²⁰⁹ LIMA, Antônio José; SLONIAK, Marcos Aurélio - *Procedimentos Penitenciários II - Segurança*. Brasília: [s.n.]. 2016. p. 21.

²¹⁰ LIMA, Antônio José; SLONIAK, Marcos Aurélio - *Procedimentos Penitenciários II - Segurança*. pp. 21-22.

²¹¹ LIMA, Antônio José; SLONIAK, Marcos Aurélio - *Procedimentos Penitenciários II - Segurança*. p. 22.

Conforme se pode extrair das lições passadas aos agentes de atividade penitenciária, as buscas nas celas não são excepcionais e, ao contrário, são incentivadas, tudo com o objetivo de impedir a posse de objetos que não são condizentes com a disciplina carcerária, como por exemplo armas e substâncias estupefacientes; com o objetivo de impedir a frustração dos fins da lei caso haja uma fuga e ainda com o fim de impedir que se crie um ambiente insalubre no qual se põe em risco a saúde da população do estabelecimento prisional.

Ainda se percebe de forma clara que as referidas buscas são feitas, regra geral, no momento em que os presos não se encontram nas celas, com o nítido intuito de evitar que a ação dos agentes de atividade penitenciária crie um sentimento de revolta e que essa revolta possa escalar para proporções indesejadas para a segurança, partindo de uma agressão por parte de uma das pessoas presas até a possível ocorrência de um motim de presos.

O outro momento sugerido pelo manual é aquele em que o agente de atividade penitenciária, diante de fundadas razões, decide ser o momento para se realizar a busca na cela, como por exemplo no caso em que lhe é informado com segurança que em uma delas pode haver uma arma, ou no caso em que toma conhecimento de que está em curso o planejamento de um motim, dentre vários outros exemplos em que a ação deve ser tomada de forma imediata.

Por sua vez, o ordenamento jurídico português disciplina essa matéria nos artigos 88º e 89º do CEPMPL, onde se classifica a busca no espaço de alojamento do recluso como um meio comum de segurança.

O Decreto-Lei n.º 51/2011 de 11 de abril, Regulamento geral dos estabelecimentos prisionais - RGEP, disciplina a busca nos seus artigos 153º e 154º, de onde é possível extrair que essa atividade, fora os casos de urgência ou flagrância, prescinde de autorização do diretor do estabelecimento prisional e, nesse último caso, o regulamento determina que deva haver pelo menos uma busca geral por ano, além de buscas setoriais que devam ser realizadas de forma periódica.

Há portanto, semelhança entre o ordenamento jurídico brasileiro e o português no que diz respeito a essa matéria, em especial sobre as situações em que as buscas são realizadas.

Passa-se à análise se as situações ordinárias da vida no estabelecimento prisional autorizam a busca por mera decisão administrativa ou se dependerá, tais quais nos casos dos domicílios, de uma autorização judicial.

7.1.2.1.6.4. NECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO EM UMA CELA

Em relação à discussão levantada neste trabalho, torna-se importante apontar que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (*United States Supreme Court*) já enfrentou a matéria no caso intitulado *Hudson v. Palmer*²¹².

O fato que deu causa ao procedimento judicial trata, em breve síntese, de um recluso no sistema prisional do Estado da Virginia que teve sua cela revistada por agentes responsáveis pela vigilância do estabelecimento prisional e nessa revista foi constatado que o recluso havia destruído bem público e por tal motivo sofreu a respectiva sanção estabelecida na legislação pertinente.

O recluso, inconformado com a penalidade, ajuizou a pertinente ação e alegou que os agentes realizaram uma busca e apreensão sem razões fundadas que a legitimassem além de suscitar que houve destruição de bens de sua propriedade.

Após a decisão da corte de apelações, a qual, entre outras questões, definiu que os reclusos possuem apenas um direito parcial à privacidade, houve o recurso para a Suprema Corte.

A Suprema Corte acabou por decidir que o recluso não possui, ao contrário das pessoas que não foram despidas de sua liberdade, uma expectativa razoável de garantia de sua privacidade e não pode ser, dessa forma, garantido a ele a proteção da quarta emenda.

Apesar da Suprema Corte afirmar que vários direitos fundamentais garantidos no *bill of rights* são compatíveis com o encarceramento, e que não há nenhuma “cortina de ferro” que separe um do outro, o direito à privacidade deve sofrer

212 Disponível em WWW<URL: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/451/527/>>.

limitações que são delineadas pela própria condição do recluso e da necessidade de ser garantida a manutenção da segurança dentro dos estabelecimentos prisionais.

Ademais, a Corte ainda deixou claro que essas restrições servem para, incidentalmente, lembrar a todos aqueles que estejam sob o ordenamento jurídico que a prevenção e a retribuição são fatores a serem considerados no processo de aplicação da pena.

Se assim não o fosse, e se garantisse o direito do recluso à proteção de sua cela nos termos da quarta emenda, seria praticamente impossível evitar a entrada de armas, drogas ou quaisquer outros objetos proibidos dentro do estabelecimento prisional, o que contribuiria para o fracasso dos objetivos pretendidos com o encarceramento.

A Corte ainda afirmou que as buscas e apreensões realizadas de forma aleatória e ainda sem qualquer anúncio constituem uma das mais efetivas armas de que dispõe o aparato estatal responsável pela segurança dos estabelecimentos prisionais para coibir a entrada e proliferação desses objetos.

Para a solução do caso, a Corte partiu da mesma premissa utilizada no caso *Katz*, já indicado acima, e firmou a necessidade de se precisar se, nas celas de um estabelecimento prisional, há uma justa ou razoável expectativa de privacidade capaz de atrair a proteção da quarta emenda.

A título de condições de precedência, a Corte invocou que os reclusos, por terem praticado crimes, são pessoas com inclinações a comportamento anti-social e, geralmente, condutas violentas e que mostraram uma falta de habilidade para controlar e adequar seu comportamento aos padrões esperados pela sociedade pelos impulsos inerentes àqueles que se encontram encarcerados.

Ainda reforçou os fundamentos ao também invocar a situação nos estabelecimentos prisionais na época dos fatos e afirmou que, dentre outros incidentes, entre o ano de 1981 até a primeira metade de 1982, houve em torno de 120 reclusos mortos por outros, 29 rebeliões ou outras ações semelhantes, além de mais de 125 suicídios.

Outro argumento levantado pela Corte foi de que, em tese, o único lugar em que os reclusos poderiam acautelar e esconder qualquer tipo de objeto cuja posse seja considerada proibida dentro de um estabelecimento prisional.

De uma forma bem singela, mas clara, a Corte fixou que para se determinar se a expectativa de privacidade é legítima ou razoável é imprescindível a ponderação dos interesses no caso concreto, em especial o interesse da sociedade na manutenção da segurança do sistema penitenciário e o interesse do recluso na manutenção da privacidade de sua vida celular.

Por fim, a Corte, após ponderar que deve prevalecer o interesse da sociedade, decidiu que a quarta emenda não veta buscas e apreensões nas celas dos reclusos.

A situação analisada pela Suprema Corte norte-americana demonstra alguma semelhança com aquelas que ocorrem nos estabelecimentos prisionais brasileiros e portugueses.

Como se apontou na rotina de busca elaborada e ilustrada no manual da escola penitenciária, bem como no ordenamento jurídico português, há basicamente dois momentos em que se realiza a busca e apreensão em uma cela: aquele em que a busca é feita diariamente, ou numa periodicidade pré-estabelecida, e aquele outro em que a busca é feita de forma excepcional quando há fundadas suspeitas de que pode haver dentro da cela objetos, ou a ocorrência de atividades, todos indesejáveis ao cotidiano do estabelecimento penal.

Nesses últimos casos, qualificados pela excepcionalidade, pode ser feita uma comparação com as situações em que o ordenamento jurídico autoriza os agentes do Estado a agir imediatamente e a restringir direitos fundamentais sem que seja necessária uma ordem judicial.

Tal qual como ocorre nos casos de desastres de grandes proporções, ou nos casos de ocorrência de crimes em flagrante delito, não se pode exigir desses agentes a solicitação de uma ordem judicial de busca e apreensão.

Não se pode conceber que um agente de atividade penitenciária, diante de uma flagrante atividade ilegal dentro da cela, primeiro vá até a autoridade judiciária solicitar um mandado de busca para somente então adentrar o local e fazer cessar o ato ilícito. A urgência e a certeza da ilegalidade autorizam a dispensa da intervenção do juiz.

Contudo, crê-se que diante da situação de normalidade da administração da comunidade intra-muros dos estabelecimentos penais, a busca e apreensão

realizada de forma diária, sem autorização judicial, se revela desproporcional e não se pode falar em congruência entre os fins e os meios.

Dentro do estabelecimento penal, já existe uma grande compressão dos direitos fundamentais, consoante demonstrado em linhas anteriores neste trabalho.

Além da restrição ao direito de liberdade, há ainda uma grande restrição aos direitos à intimidade e privacidade e uma busca e apreensão realizada sem qualquer motivo justificante acaba por comprimir mais ainda esses dois últimos direitos, além de ser passível de violar o princípio da dignidade humana por causar constrangimento desnecessário à pessoa presa.

A restrição ao direito à privacidade e intimidade já ocorre quase que naturalmente, haja vista que na maioria dos estabelecimentos penais a arquitetura permite que as portas das celas sejam feitas com grades de tal modo que qualquer pessoa, em estando do lado de fora, possa observar sem maiores dificuldades como se desenrola a vida do preso naquele interior.

Afirma-se ainda que a arquitetura dos estabelecimentos prisionais não prima tão somente pelo caráter decorativo, até mesmo porque há estabelecimentos penais que, vistos pelo lado de fora, em nada servem para o embelezamento da vila, da cidade ou de qualquer ambiente onde se encontre.

A arquitetura prisional, em especial, serve para os fins do cumprimento da pena e da manutenção do controle e da ordem desse tipo de ambiente, como já foi constatado anteriormente neste trabalho.

Um exemplo clássico dessa arquitetura é o Panóptico de Bentham. Michel Foucault, ao comentar sobre o modo como essa arquitetura foi idealizada para o controle e disciplina dos reclusos, assim descreve-a: "O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas

celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções - trancar, privar de luz e esconder - só se conserva a primeira e se suprimem as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha."²¹³

E continua Foucault, sobre a função dessa arquitetura: "Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder."²¹⁴

Ainda que os estabelecimentos prisionais não adotem sempre a arquitetura do panóptico, percebe-se que comumente há celas em que, diante da configuração espacial, chega a ser possível observar inclusive os equipamentos da casa de banho em seu interior.

Em suma, são celas bastante devassadas onde há um elevado grau de compressão dos direitos à intimidade e privacidade do preso.

Nos casos em que as celas são dotadas de portas cerradas, também pode ser dito que, apesar do grau de compressão desses direitos ser em menor escala do que com os demais tipos de celas indicadas acima, são dotadas de janelas por onde é possível aos agentes de atividade penitenciária, a qualquer momento, vislumbrar o que ocorre em seu interior.

Já naqueles casos onde, além das janelas, há ainda a presença de câmeras de vigilância, o grau de compressão é tão ou mais elevado do que nas celas providas de grades, haja vista que geralmente as câmeras, além de estarem em um ponto elevado com possibilidade de abranger todo o ambiente vigiado, ainda gera o registro das imagens, o que eleva o grau de vigilância.

Ressalta-se que essa possibilidade de vigilância não é vedada no ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que no ordenamento jurídico português, conforme determina o artigo 90º do Código de execução das penas e medidas privativas de liberdade e o n.º 1 do artigo 155º do RGE, é possível a adoção do

²¹³ FOUCAULT, Michel - *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 41ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 2013. p.190.

²¹⁴ FOUCAULT, Michel - *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. p. 191.

sistema de videovigilância, mas ele só é admitido nas áreas comuns e circundantes do estabelecimento penal.

Fica ainda, na utilização do sistema de videovigilância, resguardado do direito da intimidade da vida privada, o que demonstra a preocupação do legislador com a preservação desse direito enquanto a pessoa presa estiver recolhida na respectiva cela.

No ordenamento jurídico português, nos termos do n.º 9 do artigo 34º do RGEP, ainda é vedado ao recluso ocultar, total ou parcialmente, o interior da cela bem como dificultar a visibilidade a partir do exterior, o que deixa evidente a necessidade de, a todo momento, se permitir aos agentes de atividade penitenciária conhecer o desenrolar da vida do recluso, ainda quando recolhido em sua cela.

Em quaisquer desses casos, o recluso saberá que está sempre sob vigilância e que a margem para o cometimento de irregularidades, incluída aqui a entrada de objetos não permitidos nas celas, é mínima.

O sentimento de vigília constante é ainda mais acirrado do que aquele pensado por Bentham, pois para ele o que importava não era a certeza de que o recluso estava sendo vigiado, "mas deve ter a certeza de que sempre poderá sê-lo".²¹⁵

No caso de Portugal, pode ser ainda apontado como outro meio que comprime direitos fundamentais, com o objetivo de aumentar a segurança e a ordem do estabelecimento penal, a revista pessoal feita nos reclusos, conforme o disposto no artigo 152º do RGEP.

Observa-se na leitura desse dispositivo que o grau de compressão dos direitos fundamentais é variável, haja vista que esse meio de controle vai desde o mero apalpamento, passando pelo desnudamento até a intrusão corporal e nesse último caso somente pode ser feito por meio de ordem judicial.

A vigilância necessária à manutenção da ordem da população do estabelecimento penal ainda ganha reforço com as medidas tomadas em relação às visitas que normalmente ocorrem às pessoas que estão cumprindo pena e em

²¹⁵ FOUCAULT, Michel - *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. p. 191.

relação a todo tipo de material que deve ser transportado tanto para dentro como para fora desse ambiente.

Essa vigilância começa desde a identificação dos visitantes, em especial para saber qual a relação que há entre eles e o visitado, haja vista que a permissão de visitas por qualquer tipo de pessoa poderia colocar em risco à segurança do local. Também se identifica se o visitante possui processos criminais em curso, qual o crime, se já foi condenado, o tipo de personalidade, enfim, tudo o que possa contribuir para que os agentes classifiquem o visitante como uma pessoa que não colocará em risco a ordem interna.

Os visitantes ainda são submetidos à revista, a detectores de metais e em casos onde há a utilização de tecnologia mais avançada, *scanners*, tais quais utilizados nos sistemas de vigilância dos aeroportos.²¹⁶

No ordenamento jurídico português, as visitas são objeto de intensa e minuciosa vigilância, como se apreende da disciplina dos artigos 107º a 125º do RGEP.

O mesmo pode ser dito em relação aos materiais que adentram e são retirados dos estabelecimentos penais, tudo com o intuito de evitar a entrada de objetos não autorizados e ainda a fuga dos presos.

Percebe-se então a existência de um cenário de vigilância intensa, onde a vida carcerária pode ser comparada à vida distópica criada por George Orwell em sua obra 1984, onde não só o personagem principal, Winston Smith, como todos que vivem nessa era, são vigiados constantemente pelo Estado por meio do *telescreen*, um instrumento presente em todo lugar, mesmo dentro das residências, e onde a todo tempo se é lembrado que o *big brother is watching you*.²¹⁷

Com essa variação da intensidade da compressão dos direitos fundamentais da pessoa presa, e certo que o Estado exerce um rigoroso controle de vigilância sobre os presos, deve ser questionado se algumas dessas normas, em especial a que disciplina a busca no alojamento dos reclusos, está em conformidade com o princípio da inviolabilidade do domicílio e os princípios correlatos, como o da proteção à intimidade e privacidade.

²¹⁶ Disponível em WWW<URL:http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87129-scanner-corporal-humaniza-revista-intima-e-estimula-visitas-a-presos-2>.

²¹⁷ ORWELL, George; 1984. [s.l.]:Ed. Signet Classics. cop. 1977. pp. 1-3.

Tanto a Constituição da República Federativa do Brasil quanto a da República portuguesa estabelecem cláusulas de exceção e ainda admitem a ponderação de princípios a depender das circunstâncias de um determinado caso concreto e é certo que somente a lei obriga e pode restringir os direitos fundamentais, mas também tal restrição deve observar o princípio da proporcionalidade e guardar coerência com as demais normas.

Fixado que as celas podem ser comparadas aos domicílios, não há motivo para que a lei autorize os agentes de atividade penitenciária, ou ainda o diretor do estabelecimento prisional, a realizar buscas periódicas se não houver um motivo fundado para isso.

Segundo a análise feita sobre o modo como é realizado o controle de vigilância nos estabelecimentos prisionais, conclui-se que o grau de compressão dos direitos à intimidade e privacidade é em muito elevado, pois o recluso está, a todo momento, sob o monitoramento do Estado.

Se o sistema estatal de vigilância está em funcionamento tal qual delineado no ordenamento jurídico, repete-se, não há motivo para que no único local mais reservado ao preso, onde há uma menor compressão dos direitos à intimidade e privacidade, se realize uma busca.

Essa busca sem fundamento demonstra desproporcionalidade que não pode encontrar agasalho no manto constitucional.

Para ilustrar essa desproporcionalidade, relembra-se a situação de revista por meio de intrusão corporal onde a ordem jurídica exige a autorização judicial, ainda que seja possível, com o avanço tecnológico, a exposição do preso a um *scanner*.

Mas ainda que o Estado não conte com esse aparelho de tecnologia da vigilância, o ponto é que para certas situações de compressão de direitos fundamentais não se exige a ordem judicial enquanto para uma delas essa intervenção do juiz se mostra imprescindível.

Como já se apontou no início deste trabalho, não há direitos fundamentais com maior valor que outro, mas sempre há a possibilidade de colisão entre eles. Todos têm sua importância na construção e manutenção dos valores de um Estado democrático de direito e devem encontrar o equilíbrio da coexistência, com maior ou

menor compressão e sem a exclusão de um e de outro, nas circunstâncias de um determinado caso concreto.

O direito à intimidade, à privacidade e à dignidade humana está umbilicalmente ligado tanto à proteção do domicílio quanto à proteção do corpo humano.

Neste ponto se faz necessária uma observação crítica aos fundamentos utilizados pela Suprema Corte norte-americana no caso *Hudson v. Palmer* e que também servem para o ordenamento jurídico brasileiro e português.

Com efeito, e isso se repete ao longo deste trabalho, sempre é necessário ponderar todas as circunstâncias de um caso concreto para somente após fixar-se o ou os princípios que deverão prevalecer.

Em tese, não se pode afirmar que o princípio da sociedade à manutenção da segurança nos presídios tem maior importância jurídica do que o direito à intimidade e privacidade do preso ou ainda do que outros direitos fundamentais relacionados ao preso, como por exemplo o direito à dignidade humana. Todos coexistem e se acomodam conforme a situação concreta o determinar.

A mera possibilidade de um recluso poder praticar um crime de homicídio dentro do estabelecimento prisional também não pode ser considerado, por si só, um argumento capaz de justificar a compressão dos direitos à intimidade e privacidade pelo direito à segurança do sistema prisional.

Ademais, no acontecimento de um infortúnio como esse, em especial um crime de homicídio onde a doutrina não esgotou e não esgotará os exemplos dos modos como pode ocorrer, não é difícil concluir que dentro dos estabelecimentos penais podem ser cometidos desde com o uso das próprias mãos, isto é, sem o auxílio de qualquer instrumento, como muito bem podem ser cometidos com objetos fornecidos pela própria administração prisional.

Claro que armas devem ser proibidas e, caso sejam encontradas, imediatamente extirpadas do ambiente prisional, mas considerando as possibilidades acima e o grau de dificuldade da entrada delas nas celas, o argumento utilizado pela Suprema Corte norte-americana não é suficiente para compressão do direito à privacidade e intimidade do preso.

Merece ainda apontar que, em sabendo da possibilidade de buscas e apreensões aleatórias, os reclusos podem encontrar locais fora da celas para o acondicionamento de objetos proibidos. A cela, portanto, não é o único local onde tal fato pode acontecer.

Também não se imagina como a busca e apreensão rotineiras realizadas nas celas poderá prevenir os suicídios, haja vista que, tal qual nos casos de homicídio, podem ser cometidos sem o auxílio de objetos proibidos e ainda com os objetos fornecidos ou admitidos pela administração prisional.

O fato de uma pessoa cometer um crime, ou ainda um crime violento indica em tese que o preso é uma pessoa à ordem pública, mas não leva ao convencimento imediato de que é uma pessoa inclinada a prática de violência e que não conseguirá adaptar-se à disciplina carcerária.

Os artigos 34 e 35 do Código penal brasileiro, bem como o artigo 8º da LEP determinam que, para que se faça a correta individualização da pena para os condenados a cumpri-la em regime fechado ou semi-aberto, deverá, no primeiro caso, e poderá, no segundo caso, ser realizado o exame criminológico.

Mais uma vez invoca-se a lição de Mirabete que afirma: "O exame criminológico é uma espécie do gênero exame da personalidade [...]. No exame criminológico, a personalidade do criminoso é examinada em relação ao crime em concreto, ao fato por ele praticado, pretendendo-se com isso explicar a "dinâmica criminal (diagnóstico criminológico), propondo medidas recuperadoras (assistência criminológica)" e a avaliação da possibilidade de delinquir (prognóstico criminológico)."²¹⁸

Do mesmo modo que previsto no ordenamento jurídico brasileiro, os artigos 18º, 19º e 21º do CEPML também determinam que seja realizada uma avaliação do recluso com o objetivo, dentre outros, de determinar as exigências de segurança e ainda avaliar os riscos de fuga.

Diante desses exames, e considerando-se que a administração do estabelecimento penal levará a cabo as medidas necessárias à situação de cada recluso, em especial os que sejam considerados como aqueles que possam pôr em risco a segurança de todos ou que possam efetuar uma fuga, basta um aumento da

²¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. - *Execução Penal*. p. 36.

vigilância sobre eles para que haja o equilíbrio adequado entre os direitos fundamentais dos presos com os fins da execução da pena.

Em realizando-se tais medidas, não se justifica uma generalização, tal qual fez a Suprema Corte norte-americana, de que todos os que se encontram num estabelecimento prisional são inclinados à prática de atos violentos.

A conclusão que se deve chegar aqui é a de que, mais uma vez se reforça, num ambiente carcerário onde há todo um aparato de vigilância, não se justifica, numa situação ordinária do estabelecimento prisional, que o alojamento do recluso seja invadido sem autorização judicial tão somente porque a legislação infraconstitucional a dispensa.

Defende-se, portanto, que para a busca nas celas numa situação ideal de funcionamento dos sistemas de vigilância prisional haja a necessidade da autorização judicial.

Prosseguindo, ainda se vislumbra que, também se não houver uma situação concreta que o justifique, não se pode admitir uma autorização judicial de busca indiscriminada, ou genérica, para todas as celas de um estabelecimento prisional.

Cair-se-ia aqui nas mesmas situações em que, na véspera da independência dos Estados Unidos da América, a cora britânica autorizou os *writs of assistance* e tais situações de compressão de direitos fundamentais não podem ser admitidas se não forem feitas ao lume de um critério de proporcionalidade a ser dado pelo caso concreto.

7.1.2.1.6.5. SUPER-LOTAÇÃO, MOTINS E MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO

Uma situação em que se poderia autorizar o uso da busca e apreensão genérica, e ainda sem a determinação de uma ordem da autoridade judicial, é aquela em que um determinado estabelecimento prisional está passando por um motim de presos.

No Brasil há um histórico de ocorrência de motins muito graves em vários estabelecimentos penais espalhados pelos Estados da federação.

A título de exemplo, traz-se à lume o motim ocorrido em 2 de outubro de 1992 no pavilhão 9 do presídio Carandiru, no Estado de São Paulo, onde 111 presos foram mortos diante da operação de Polícia Militar²¹⁹ e que gerou ainda um processo penal complexo para julgar se houve ou não excessos nessa operação.

Também se indica como exemplo de grave motim o ocorrido em 1 de janeiro de 2017 no complexo penitenciário Anísio Jobim, no Estado do Amazonas, onde 56 pessoas foram mortas.²²⁰

Recentemente em Portugal houve um incidente no estabelecimento prisional de Lisboa²²¹, onde se discute se tal incidente pode ser considerado um motim, mas de qualquer sorte fica claro que houve uma situação de anormalidade na ordem que deve pairar sobre esses estabelecimentos.

Nesses casos, como já foi indicado neste trabalho, os agentes públicos responsáveis pela segurança dos estabelecimentos prisionais estão diante de situações de urgência, de situações de necessidade de socorro imediato das pessoas cuja integridade física e moral está em risco por conta do motim além de situações de ocorrência de flagrância de crimes.

Não se exige, nesses casos, portanto, a autorização e expedição de um mandado de busca e apreensão genérico.

Crê-se, ainda, que mesmo cessado o motim, mas logo após sua ocorrência, não se poderia falar em término das situações de urgência e flagrância, pois é possível que ainda, *mutatis mutandis*, como ocorre nos incêndios, que haja a necessidade do rescaldo, que no caso seria a busca feita pelos próprios agentes penitenciários para certificarem-se que dentro das celas já não há qualquer objeto que possa reiniciar o motim ou com ele relacionado, ou mesmo amotinados que ali estejam escondidos.

Outra situação que autorizaria a busca e apreensão genérica, mas aqui se ressalva a necessidade da intervenção da autoridade judiciária, seria aquela em que o estabelecimento prisional está passando por uma situação de anormalidade,

²¹⁹ Disponível em WWW<URL:https://super.abril.com.br/historia/como-foi-o-massacre-do-carandiru/>.

²²⁰ Disponível em WWW<URL:https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1846359-maior-matanca-em-presidios-desde-o-carandiru-deixa-56-vitimas-no-am.shtml>.

²²¹ Disponível em WWW<URL:https://observador.pt/2018/02/10/lisboa-reclusos-provocam-disturbios-e-guardas-perdem-controlo-de-ala-prisional/>.

nomeadamente o acolhimento de reclusos em número em muito superior ao da capacidade oferecida.

Essa situação é aquela vivida pela República Federativa do Brasil, conforme se pode observar do levantamento nacional de informações penitenciárias - INFOPEN - do departamento penitenciário nacional - DEPEN, órgão ligado, na época da sua elaboração, ao Ministério da Justiça e Segurança Pública.²²²

Conforme se pode observar do relatório realizado no ano de 2016, em junho desse ano havia um déficit de 368 mil vagas nos sistema penitenciário brasileiro²²³, um número que deve ser considerado, em muito, elevado. E o referido relatório indica que "Em Junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90 [...]".²²⁴

Releva também apontar que o mesmo relatório indica que " O gráfico [...] aborda a distribuição da população prisional entre os estabelecimentos penais do país e evidencia que não há situação de superlotação em 21% das unidades prisionais. Por outro lado, em 11% das unidades prisionais custodia-se mais de 4 pessoas por vaga. [...] Podemos afirmar que 52% da população prisional encontra-se em estabelecimentos penais que custodiam mais de 2 pessoas por vaga e apenas 7% da população (51.235 pessoas) encontra-se em unidades sem superlotação."²²⁵

Ainda que a cada dia a administração penitenciária aumente o grau de vigilância sobre os reclusos, as visitas e o material que entra e sai do estabelecimento prisional, não se pode fechar os olhos para o fato de que a superlotação é uma situação de anormalidade que merece uma atenção redobrada para evitar todos os motivos já elencados nesta investigação como justificativa aventada pela própria administração para a realização de buscas rotineiras.

²²² O artigo 1º da lei 13.690 de 10 de julho 2018 criou o Ministério da Segurança Pública e transformou o Ministério da Justiça e Segurança Pública em Ministério da Justiça.

²²³ SANTOS, Thandara - *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN*. [Em linha]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. p. 7. [Consult. 10 de nov. 2018]. Disponível em [WWW<URL:http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf).

²²⁴ SANTOS, Thandara - *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN*. p. 9.

²²⁵ SANTOS, Thandara - *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN*. p. 27.

Contudo, ainda que haja um certo grau elevado de vigilância, há também um grau elevado de desorganização capaz de criar um desequilíbrio na ordem interna. Portanto, nada mais salutar que seja admitida a realização de buscas e apreensões rotineiras, ainda que de forma genérica a atingir a totalidade ou partes do estabelecimento prisional, mas desde que haja a expedição do mandado.

Essa atitude não somente garante o equilíbrio entre os direitos fundamentais dos reclusos com os direitos da sociedade, como também contribui para a manutenção da legitimidade dos fins do Estado democrático de direito.

7.1.2.2. SITUAÇÕES DE ANORMALIDADE - CRISES INSTITUCIONAIS - ESTADO DE DEFESA/EMERGÊNCIA E ESTADO DE SÍTIO

Consoante visto, não se pode falar sempre na existência de direitos absolutos, haja vista que os direitos de todos devem estar em um cenário de harmonia.

Contudo, é possível que haja a existência de graves distúrbios internos e/ou externos que possam comprometer a ordem e a própria existência de um Estado e a história demonstra de forma clara as situações de guerras e revoluções vividas ao longo dos séculos pelos povos.

No intento de prevenir tais situações, tanto na Constituição da República Federativa do Brasil, quanto na da República portuguesa, há a previsão de instrumentos de que o Estado pode lançar mão nessas situações de grave anormalidade. Trata-se das situações de estado de defesa (em Portugal, estado de emergência) e de estado de sítio.

Conforme Canotilho, "as situações de <<excepção constitucional>> [...] <<estado de sítio>> e <<estado de emergência>> [...] caracterizam-se ambas pela verificação de perigos graves para a existência do Estado, a segurança e a organização da colectividade, que não podem ser eliminados pelos meios normais previstos na Constituição, mas apenas através de medidas excepcionais>>".²²⁶

²²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. pp. 399-400.

Na Constituição da República Federativa do Brasil a disciplina dessas situações de crises institucionais é feita pelo texto dos artigos 136 a 141 e percebe-se claramente a gradação entre tais situações, reservado ao estado de defesa o objetivo de "preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza" e ao estado de sítio o objetivo de restabelecer a ordem em casos de "comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa" e "declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira".

Do mesmo modo, a Constituição portuguesa trata desses institutos em seu artigo 19º, cujo título é a "suspensão do exercício de direitos" e ali se disciplina que "estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública" e "o estado de emergência é declarado quando os pressupostos referidos no número anterior se revistam de menor gravidade e apenas pode determinar a suspensão de alguns dos direitos, liberdades e garantias susceptíveis de serem suspensos".

As Constituições, nesses casos, apresentam desde logo as cláusulas de exceções aos princípios norteadores dos direitos e garantias fundamentais, mas não é pela simples existência da cláusula de exceção que se deve pôr de lado os meios de resolução de colisão de princípios, em especial a proporcionalidade.

As normas constitucionais ilustram, como se extrai sem maiores dificuldades de seu texto, situações de anormalidade onde se espera uma ação iminente e energética por parte do Estado e para a salvaguarda da ordem institucional alguns princípios devem ser comprimidos sob pena de, em não se agindo dessa forma, instalar-se o caos e a impossibilidade do Estado em preservar direitos e garantias fundamentais.

Nessas situações, em que há previsão expressa de cláusula de exceção por parte da Constituição, não há que se colocar maiores dificuldades para que seja legítima a adoção do mandado de busca e apreensão genérico.

Na proporção direta da velocidade que se instala uma situação de anormalidade institucional em quaisquer de suas facetas, o Estado deve adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da ordem.

Houve em tempos recentes no Brasil situações em que poderia ter sido decretado o estado de defesa/emergência, como o deslizamento de barragens com a conseqüente destruição de povoados.

Cita-se por exemplo que em 2015, no município de Mariana, Estado de Minas Gerais, uma represa de contenção de dejetos provenientes de atividade de mineração rompeu-se, acabou por destruir o distrito de Bento Rodrigues e levou o executivo local a decretar estado de calamidade pública por meio do Decreto n.º 8.034 de 05 de novembro de 2015.²²⁷

Não seria sem razão conceber que, a depender do comportamento da população em situações desse tipo, em especial a prática de crimes, se obtivesse o mandado de busca e apreensão genérico.

Há ainda, fora dos casos de calamidades públicas como as indicadas acima, os casos de guerras civis e de agressões externas o que, notoriamente, acarreta a prática de ações emergenciais por parte das forças do Estados.

A dinâmica da máquina de guerra não dá aos agentes de segurança pública nem ao Poder Judiciário o tempo necessário para, minuciosamente, indicar locais e pessoas a serem objetos dum mandado de busca e apreensão. Aqui também se pode admitir a utilização do mandado de busca e apreensão genérico.

De qualquer sorte, ainda que num estado de exceção, Canotilho alerta sobre a importância da manutenção dos direitos e garantias fundamentais nesses momentos de grave comprometimento da ordem estatal, ao afirmar que "O facto de o estado de sítio e o estado de emergência permitirem a suspensão do exercício - que não a abolição - dos direitos fundamentais [...] não significa que estes fiquem à disposição das autoridades públicas. Continuam a valer aqui por inteiro as regras materiais que presidem à restrição dos direitos, liberdades e garantias, designadamente do princípio da proporcionalidade [...] cuja aplicação neste campo determina: [...] (que a suspensão atinja apenas aqueles direitos, liberdades e garantias cujo exercício ponha realmente em perigo os objectivos do estado de

²²⁷ Disponível em WWW<URL:<http://www.mariana.mg.gov.br>>.

excepção [...] que a intensidade da suspensão se limite ao mínimo necessário exigido pelos objectivos do estado de excepção [...]"²²⁸

Vê-se, portanto, que na ocorrência de situações de grave anormalidade da ordem pública se prevê na Constituição, tanto na do Brasil quanto na de Portugal, expressamente a restrição de direitos e garantias fundamentais e, nesse ponto, se pode admitir o uso do mandado de busca e apreensão genérico, mas sempre deve ser levado em conta que diante do princípio da proporcionalidade será necessário precisar qual o grau de restrição que os direitos e garantias fundamentais poderão sofrer para que haja um equilíbrio entre os meios e os fins da medida tomada.

8. CONCLUSÃO

Tanto a Constituição brasileira quanto a portuguesa dispõe expressamente sobre o direito à inviolabilidade do domicílio, mas mesmo diante das diferenças como cada uma trata a proteção a esse direito é possível perceber que o ponto comum entre elas é, em regra, a necessidade de expedição de uma ordem judicial para que se autorize a entrada de terceiros num domicílio.

A ordem judicial, em quaisquer dos casos, somente pode ser sustentada por uma norma, pois ao contrário será necessariamente um ato de ilegalidade.

O n.º 2, do artigo 18 da Constituição da República Portuguesa dispõe expressamente que "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"²²⁹, e será essa lei que balizará o juiz a expedir a ordem de entrada em uma residência, em especial o mandado de busca e apreensão.

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil não prevê norma semelhante, mas dispõe no inciso II de seu artigo 5º que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" e conseqüentemente cabe ao legislador ordinário a tarefa da escolha dos direitos que

²²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. p. 401.

²²⁹ Disponível em WWW<URL:http://www.pgdlisboa.pt>.

poderão ser restringidos e também o grau dessa restrição, não se olvidando que o fará de acordo com os princípios do Estado democrático de direito e da interpretação das normas constitucionais.

Em ambos os ordenamentos jurídicos há a lei que determina os casos em que poderá haver a utilização do mandado de busca e apreensão em um domicílio o que, por certo, não extrapola os limites gizados pelas respectivas Constituições.

A lei que restringir o direito à inviolabilidade do domicílio deverá necessariamente observar o grau de compressão que cada meio de obtenção de prova exercerá num determinado caso concreto, o que leva á conclusão de que nas investigações primeiro devem ser utilizados os meios menos intrusivos da dignidade humana, da intimidade e da privacidade para somente então passar para aqueles mais intrusivos, como a interceptação telefônica, o mandado de busca e apreensão, em especial se de caráter genérico e a intrusão corporal.

Verifica-se em ambos os ordenamentos jurídicos alguns casos em que a lei expressamente identificou meios de obtenção de provas com alto grau de compressão de direitos fundamentais e fez por bem indicar o rol das situações em que poderão ser utilizados.

Como exemplos indicam os casos das escutas telefônicas, disciplinadas no artigo 187 do Código de processo penal português ao passo que no Brasil estão disciplinadas na Lei n.º 9.296 de 24 de julho de 1996.²³⁰

Em havendo a lei, mas de caráter vago ou genérico, passa ao operador do direito, em especial o juiz, a interpretação dos fatos no caso concreto para, após a devida ponderação de direitos em conflito, determinar o grau de compressão solicitado para o efeito.

A questão que se colocou neste trabalho foi de precisar se, mesmo havendo a previsão legal do mandado de busca e apreensão em ambos os ordenamentos jurídicos, seria possível a sua utilização caso ele apresente um caráter genérico, pois, em estando num Estado democrático de direito a lei exige, implícita ou expressamente, a individualização do alvo.

²³⁰ Disponível em WWW<URL:<http://www.planalto.gov.br>>.

Essa individualização se mostra necessária para não prejudicar as pessoas objetos de investigação criminal no exercício do direito de defesa.

Não se encontra em ambos os ordenamentos jurídicos vedação expressa para a utilização de um mandado de busca e apreensão genérico, mas à partida, por uma interpretação sistemática das normas protetoras dos direitos fundamentais, aponta-se que sua utilização exerce extrema compressão desses direitos e em sendo utilizado em qualquer investigação criminal sem um fator que o legitime estar-se-á pondo em risco os fins do Estado democrático de direito.

O Estado democrático de direito tem como base e como objetivo a preservação da dignidade humana, a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Os direitos e garantias fundamentais não são absolutos e, delimitado o seu âmbito de proteção e identificada a colisão de direitos num caso concreto, faz-se necessário proceder a um juízo de ponderação para determinar qual direito, naquele momento, deverá prevalecer, sem que outro seja excluído do ordenamento jurídico.

Na solução dessas colisões, percebe-se uma diferença entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, haja vista que a Constituição da República Portuguesa determina expressamente em seu artigo 18 que somente a lei poderá restringir o exercício de direitos fundamentais nos casos em que seja necessária a salvaguarda de outros direitos constitucionalmente relevantes, enquanto a Constituição da República Federativa do Brasil não traz em seu bojo uma norma semelhante.

Mas ainda que a Constituição brasileira esteja despida de norma semelhante ao diploma homólogo português, os tribunais brasileiros, em especial o Supremo Tribunal Federal, acabaram por instituir em suas decisões que não se pode falar em direitos absolutos e que os elementos do caso concreto é que determinarão a ponderação necessária a fixar a norma mais adequada ao caso, ainda mais quando os direitos fundamentais são utilizados para a salvaguarda de práticas criminosas, conforme se extrai dos acórdãos proferidos no julgamento do HC n.º 70814-5/SP

(sigilo das correspondências)²³¹ e no HC n.º 135853/ES (sigilos de dados bancários e fiscais)²³².

Verifica-se pelos exemplos da justiça norte-americana que a suprema corte daquele Estado também se utilizou de critérios de ponderação na interpretação da quarta emenda do *bill of rights*.

Presentes ou não normas de exceção das Constituições analisadas, fica claro que sempre deve ser observado o princípio da proporcionalidade, seja no momento de elaboração das leis que tratam dos meios de obtenção de prova, seja nos casos concretos em que serão utilizados (1. Necessidade: Há outra solução para o problema? 2. Adequação: A solução escolhida é apta a resolver o problema? 3. Proporcionalidade em sentido estrito: A solução escolhida causa a menor compressão possível?).

O direito a inviolabilidade do domicílio, cujo âmbito de proteção abrange o direito à dignidade, intimidade, privacidade e segurança, está presente em várias Constituições de Estados democráticos de direito e ainda em vários tratados internacionais que disciplinam a proteção da pessoa.

Foram tecidas considerações e problemas relacionados com o direito à inviolabilidade do domicílio, como a possibilidade de renúncia a esse direito bem como a legitimidade e a validade do consentimento para realizá-lo e se concluiu que a atuação dos agentes do Estado que realizam uma busca e apreensão pode ser equiparada a execução de um mandado de busca e apreensão genérico o que leva a crer que esse meio de produção de prova, em regra, não é de pronto rechaçado pela ordem jurídica.

Pontuou-se que qualquer prova obtida em desacordo com a Constituição ou a lei não podem ser admitidas num processo, mas como o direito à inviolabilidade do domicílio não é absoluto ele pode ser comprimido ante as circunstâncias delineadas pelo caso concreto.

Ao traçar os requisitos para a expedição do mandado de busca e apreensão, apontou-se uma situação determinada em lei, no caso a alínea h, do §1º do artigo 240 do Código penal brasileiro, que daria a esse mandado um caráter genérico o

²³¹ Disponível em WWW<URL:http://www.stf.jus.br>.

²³² Disponível em WWW<URL:http://www.stf.jus.br>.

que também, tais quais as buscas feitas por autoridades policiais, não rechaçam de pronto a sua utilização em termos genéricos.

No estudo específico do mandado de busca e apreensão genérico foi feita uma análise de algumas decisões proferidas pela justiça norte-americana em razão da importância que esse tipo de mandado, o *writs of assistance*, teve no processo de declaração da independência dos Estados Unidos da América.

Para a justiça norte-americana, nos casos analisados, houve maior preocupação com a literalidade dos direitos expressos na quarta emenda do *bill of rights*, a qual proíbe a expedição de mandados de busca e apreensão de caráter genérico, sem contudo deixar de apontar que houve casos em que se relativizou esse direito e casos em que se ampliou sua proteção, tudo por força de interpretação guiada pelos elementos do caso concreto.

Ou seja, mesmo que em alguns dos casos analisados a justiça norte-americana tenha dado maior importância à literalidade do *bill of rights*, não deixou de realizar juízos de ponderação.

Determinou-se que ideologias não podem autorizar uma expedição de um mandado de busca e apreensão, ainda mais de caráter genérico, haja vista importar em violação à imparcialidade do juiz, uma vez que este está sempre adstrito a lei, e que são os elementos do caso concreto, interpretados e ponderados à luz dos direitos fundamentais e dos fins do Estado democrático de direito, que permitirão, ou não, a relativização do direito à inviolabilidade do domicílio.

Nas demais situações foi possível confirmar que não há a possibilidade de se considerar o direito à inviolabilidade do domicílio como absoluto e que a depender da situação a compressão desse direito sofrerá uma gradação.

No caso dos domicílios, importa ressaltar que em regra é necessária a individualização de suas sub-partes, nomeadamente os cômodos, em especial se utilizados por terceiros que não sejam o visado, mas que se não for possível a sua individualização, abrir-se-ão as portas para a utilização do mandado de busca e apreensão genérico.

Também se precisou que os veículos que se encontram estacionados no domicílio devem ser considerados apenas como bens móveis, não recebendo nessa condição a proteção da inviolabilidade do domicílio, salvo de esses veículos forem

propriedades de terceiros ou utilizados por esses como residências (*motor homes* ou *caravans*).

Na parte dos domicílios profissionais, apontou-se a importância da manutenção dos direitos dos advogados haja vista que são instrumentos para a salvaguarda dos direitos daqueles que são arguidos numa investigação criminal além de precisar que qualquer objeto ou local utilizado para a prática da atividade da advocacia atraem para si a proteção dos direitos à inviolabilidade do domicílio.

Nos casos de organização criminal e terrorismo frisou-se que as características inerentes às atividades ilícitas praticadas por tais grupos, em especial a complexidade estrutural e funcional, a pulverização de células de atuação, a velocidade de suas transações, entre outras qualidades, dificulta a individualização do alvo em um mandado de busca e apreensão, o que permitiria ao Estado lançar mão da versão genérica desse meio de obtenção de provas.

Ao tratar da busca e apreensão em veículos em geral, fixou-se que a partir do momento em que não estão numa residência, mas mesmo continuando com sua natureza jurídica de bem móvel, não deixa de ser um receptáculo que não se encontra aberto ao público e nessa qualidade e com o objetivo de garantir a intimidade, a privacidade e a segurança das pessoas se assemelha em substância a um domicílio e por tal motivo merece a proteção constitucional, sem desconhecer que a autoridade competente tem o poder de determinar a parada, a conferência dos documentos pertinentes e o estado do veículo, o que autoriza a sua recolha por questões afetas ao controle da regularidade e segurança do trânsito, mas não autoriza a busca e apreensão em seu interior.

Também se admitiu a possibilidade de utilização de um mandado de busca e apreensão genérica nos veículos nos casos em que a situação não permita a autoridade a individualização precisa do alvo, em especial pela existência de muitos veículos com características semelhantes.

A configuração urbana, em especial nos casos das favelas ou bairros de lata, pontuou-se que são fruto de uma ineficiência do cumprimento dos deveres do Estado e por si somente não pode autorizar a expedição de um mandado de busca e apreensão genérico sob pena de premiar a própria torpeza do Estado.

Contudo, o crime também não pode valer-se dessa torpeza do Estado para evitar a persecução penal, o que autorizaria a expedição de um mandado de busca e apreensão genérico desde que esgotados outros meios de obtenção de prova.

No caso específico dos estabelecimentos prisionais determinou-se que os presos mantêm na sua maioria os direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente e que num ambiente de vigilância controlada e com extremo controle de disciplina intra-muros não se justificam as realizações de busca e apreensões nas celas sem motivo para tanto e ainda que haja a suspeita de atividade ilícita nesse ambiente, a autorização judicial se faz necessária.

E fixada a necessidade de autorização judicial, também se indicou os casos em que seria possível a expedição de um mandado de busca e apreensão genérico nos estabelecimentos prisionais, nomeadamente nos casos de motins ou superlotação.

Há situações em que o Estado democrático de direito passa por situações de anormalidade, como nos casos de decretação do estado de emergência/defesa e estado de sítio, onde a gravidade do caso concreto, bem como a velocidade com que as situações de ilegalidade e agressão externa ocorrem, demandam ações diferenciadas dos meios de obtenção de prova, entre elas a utilização do mandado de busca e apreensão genérico.

Pode afirmar-se que em qualquer caso que haja o abuso do direito à inviolabilidade do domicílio, em especial para a prática de ilícitos, será afastada a proteção constitucional, pois não haverá nesses casos a substância essencial do domicílio.

Sempre haverá a necessidade da ponderação de normas constitucionais em conflito para então se decidir pela legitimidade do uso do mandado de busca e apreensão genérico. Essa é a palavra-chave que abre a porta para esse meio de obtenção de provas: ponderação.

Nunca é possível, crê-se, esgotar em um artigo, trabalho científico, manuais, e demais obras em geral, a doutrina sobre determinada matéria jurídica, pois a vida é mutável e com elas as regras que disciplinam as relações interpessoais.

Portanto, espera-se apenas que este trabalho de investigação científica possa ser um contributo aos operadores do direito na utilização desse importante meio de

prova que, apesar de previsto nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português na sua forma tradicional, não está disciplinado expressamente na sua forma genérica.

9. BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura - *A Bill of Rights Norte-Americana. Interesse Público*. Belo Horizonte. Ano 20. n.º 107. (jan./fev. 2018) pp. 35-49.

AGUIAR, Thales Bruno de; MENDES, Luiz Carlos Duarte - O Princípio da Isonomia em Face das Ações Afirmativas no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Ano 24. n.º 94. (jan. - mar. 2016). pp. 207-220.

AGUILAR, Francisco - Notas Reflexivas sobre o Regime das Escutas Telefónicas no Código de Processo Penal Português. *O Direito*. Coimbra: Almedina. Ano 148. III. (2016) pp. 559-583.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2011.

ANDRADE, Manuel da Costa - "*Bruscamente no Verão Passado*", *A Reforma do Código de Processo Penal - Observações Críticas Sobre uma Lei que Podia e Devia Ter Sido Diferente*. Revista de legislação e de jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora. 137º Ano. Janeiro-fevereiro de 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa - *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra editora. 1992.

ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.

BARRETO, Ireneu Cabral - *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005.

BARRETO, Ireneu Cabral - *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 5ª ed. Coimbra: Almedina. 2015.

BENITES, Afonso - Exército prepara ordens de busca e apreensão em bairros inteiros do Rio. *El País* [Em linha]. (2018). [Consult. 8 Mar. 2018]. Disponível em: WWW<URL: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/19/politica/1519078828_906789.html>.

BITTENCOURT, Cezar Roberto - *Tratado de Direito Penal. Parte especial*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003. Vol. 3.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. Volume 1.

CASTILHO, Ricardo - *Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

CENEVIVA, Walter - *Direito Constitucional Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

DAVID, Décio Franco; MACCOPPI, Jaqueline Alexandra - Punitivismo pós-moderno: hipertrofia penal e fetiche punitivo pela mídia e discurso de crise. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo. Ano 26. N.º 311 (outubro/2018). pp. 12-13.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo - O Conceito de Crime Organizado no Brasil: O Princípio da Legalidade, a Lei N. 9.034/95 e a Convenção de Palermo. In MESSA,

Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães - *Crime Organizado*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2012. pp. 75-90.

FERRARI, Celson - *Dicionário de Urbanismo*. 1ª ed. São Paulo: Disal Editora. 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5ª ed. Curitiba: Editora Positivo. 2010.

FOUCAULT, Michel - *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 41ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 2013.

FREITAS, Andre Guilherme Tavares - *A Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Penal: A Tutela da Vida Humana e da Integridade Física. Uma Perspectiva Jurídico-Constitucional*. Lisboa. 2012. Tese de doutoramento.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles – *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva. 2001.

HUNGRIA, Nelson - *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1958. Volume VI.

KURLAND, Philip B.; LERNER, Ralph - *The Founder's Constitution*. Chicago: The University of Chicago Press. 1987. V. 5

LEVY, Leonard W. - Origins of the Fourth Amendment. *Political Science Quarterly*. V. 114. n.º 1, (Spring, 1999).

LIMA, Antônio José; SLONIAK. Marcos Aurélio - *Procedimentos Penitenciários II - Segurança*. Brasília: [s.n.]. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury - *Direito Processual Penal*. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.

MAIA, Clarissa Nunes et al. - Introdução: História e Historiografia das Prisões. In. MAIA, Clarissa Nunes et al. - *História das Prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rocco. 2009. V. 1. pp. 9-10

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet - *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MENDRONI, Marcelo Batlouni - *Crime Organizado - Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2016.

MESSA, Ana Flávia - Aspectos Constitucionais do Crime Organizado. In MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães - *Crime Organizado*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2012. pp. 93-116.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. - *Execução Penal*. 12ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2014.

MIRANDA, Jorge - *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2017.

MIRANDA, Jorge - *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra editora. 2002.

MUMFORD, LEWIS - *A Cidade na História: Suas Origens, Desenvolvimento e Perspectivas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1982.

MUSETTI, Dinorá Adelaide - *Inviolabilidade do Domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros. 1993.

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

ORWELL, George; 1984. [s.l]:Ed. Signet Classics. cop. 1977.

PAIXAO, Ana Clara Victor da - A Busca e a Apreensão no Processo Penal. *Cadernos do Ministério Público do Paraná*. Curitiba. v. 4. nº. 5. (jun. 2001). pp. 27-35.

PEREIRA, Caio Mário da Silva - *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil: Teoria Geral de Direito Civil*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. Volume 1.

RAGAZZI, José Luiz; HONESKO, Raquel Schlommer; LUNARDI, Soraya Gasparetto - Processo Coletivo. In NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano - *Manual de Direitos Difusos*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Verbatim. 2012. pp. 653-709.

RAMOS, João Gualberto Garcez - *Curso de Processo Penal Norte-Americano*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; MANDARINO, Renan Posella - A "Terceira Margem" dos Direitos Humanos: Para Além do Poder Punitivo via Mandado de Busca e Apreensão Genérico. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. v. 10. nº. 1. (2015). pp. 126-148. Disponível em WWW<URL: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/issue/view/942/showToc>>.

SCHMIDT, Andrei Zenkner - Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In CARVALHO Salo de, - *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007. Parte III. pp. 207-267.

SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal*. 2ª ed. Lisboa: Verbo. 1999. Vol. II.

SILVA, José Afonso - *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros editores. 2001.

SANTOS, Thandara - *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN*. [Em linha]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. [Consult. 10 de nov. 2018]. Disponível em WWW<URL:http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>.

TORNAGHI, Hélio - *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1959. Volume V.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - Criminalidade Organizada: Tópico Juscriminológico Supranacional. In PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Criminalidade Organizada: Investigação, Direito e Ciência*. São Paulo: Almedina. 2017. pp. 133-150.

VILE, John R. - *A Companion to the United States Constitution and its Amendments*. 4 ed. Westport: Praeger. 2006.