



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

ANA PAULA LOPES FERREIRA

**ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO
COLETIVOS E GENÉRICOS COM A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

FORTALEZA

2018

ANA PAULA LOPES FERREIRA

ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO
COLETIVOS E GENÉRICOS COM A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de bacharel em
direito.

Orientador: Prof. Dr. Alex Xavier Santiago da
Silva

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- F439a Ferreira, Ana Paula Lopes.
Análise da compatibilidade dos mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos com a ordem jurídica brasileira / Ana Paula Lopes Ferreira. – 2018.
104 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Prof. Dr. Alex Xavier Santiago da Silva .
1. Mandado de busca e apreensão coletivo. 2. Mandado genérico. 3. Inviolabilidade de domicílio. 4. Direitos e garantias fundamentais . I. Título.

CDD 340

ANA PAULA LOPES FERREIRA

ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO
COLETIVOS E GENÉRICOS COM A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de bacharel em
direito.

Área de concentração: Direito Processual
Penal Constitucional.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alex Xavier Santiago da Silva (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Ma. Ana Giselle Parente Rebouças

A Deus.

Aos meus pais, Paulo e Fátima.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter segurado o fardo pesado tantas vezes e segurado minha mão para me livrar dos males do caminho. Por ter me proporcionado tantas realizações, concedendo-me muito além do que jamais fui capaz de imaginar.

Ao meu pai e a minha mãe, pelo amor incondicional, pela fé depositada em mim, e pelo árduo trabalho diário que me proporcionou alçar voos mais altos.

Aos meus irmãos, por serem inspiração e referência na minha vida, e ao meu irmão Paulo Emanuel por ter sido o meu apoio em Fortaleza ao longo desses cinco anos.

A minha afilhada Nayane Araújo, combustível para que eu pudesse estudar mais, a fim de um dia, quem sabe, proporcionar-lhe uma vida melhor.

Ao Lucas, meu parceiro de faculdade e melhor amigo, quem compartilhou tantos momentos e me apoiou, tendo ouvido atenciosamente todas as minhas reclamações e angústias, sem jamais duvidar do meu potencial. Por acreditar em mim, mesmo quando eu não o fazia, e ter estado comigo durante esses cinco anos pro que der e vier.

A Defensoria Pública do Estado do Ceará, por me proporcionar muito mais que prática jurídica, ensinando-me a ter um olhar mais humano, concedendo-me sentido e propósito ao meu curso de direito. Agradeço especialmente a Defensora Pública Luciana Cordeiro, por me inspirar no modelo de servidor público que eu espero ser, e por me conceder espaço para tanto aprendizado jurídico. Por último, mas não menos importante, ao NUAJA, por me acolher tão bem, fazendo-me sentir em família, compartilhando amor, sorrisos e alegrias, ensinando-me a ter amor à causa, inclusive às causas perdidas.

Aos meus amigos de Camocim, por todo o amor, carinho e amizade. Por estarem lá por mim, quando não era meu dia, minha semana, meu mês e até mesmo meu ano.

A Universidade Federal do Ceará, pelo espaço de desenvolvimento do saber.

A banca examinadora, por se disponibilizarem de forma tão atenciosa em avaliar este trabalho, dividindo comigo este momento tão importante, em especial ao Professor orientador Alex Santiago pela instrução e contribuição a este trabalho.

A Revista Dizer, por me proporcionar tamanho crescimento profissional, e aos meus colegas editores, pelas alegrias compartilhadas e votos de confiança depositados.

“Menos de 5% dos caras do local
são dedicados a alguma atividade marginal
e impressionam quando aparecem nos jornais
tapando a cara com trapos
com uma uzi na mão
parecendo árabes árabes árabes do caos
sinto muito cumpadi
mas é burrice pensar
que esses caras
é que são os donos da biografia
já que a grande maioria
daria um livro por dia
sobre arte, honestidade e sacrificio.” (O Rappa)

RESUMO

Diante do aumento da criminalidade, sobretudo com a proliferação de organizações criminosas em âmbito nacional, ocasionando a sensação de insegurança pública, a sociedade e outras entidades públicas clamam por medidas mais repressivas no combate à delinquência. À vista disso, têm sido requerido e concedido pelo Poder Judiciário, a despeito da ausência de previsão legal, mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos, permitindo-se que por meio de uma única autorização judicial comunidades inteiras sejam invadidas na busca de quaisquer elementos probatórios à persecução penal, sob o argumento do interesse e segurança pública. Nessa perspectiva, faz-se necessário analisar as normas legais e constitucionais sobre o assunto, a fim de analisar a sua conformidade com a ordem jurídica brasileira. Para tanto, utilizou-se como metodologia da pesquisa bibliografia e documentos judiciais, do tipo pura, com finalidade exploratória, buscando contribuir com os debates e solucionar de forma teórica a questão controvertida, com pesquisa qualitativa, tendo em vista o seu objeto complexo e com múltiplos sentidos. Como resultado, observou-se que tanto a diligência coletiva como a genérica afrontam vários dispositivos processuais penais que regulamentam a busca e a apreensão, assim como os princípios e direitos constitucionais da inviolabilidade domiciliar, da motivação das decisões judiciais e da igualdade, não sendo proporcional a violação desses direitos em face da segurança pública, nem justificável pelo fim que se espera alcançar com a medida. Desta forma, conclui-se que o mandado ora analisado além de ilegal é inconstitucional, portanto, incompatível com a ordem jurídica brasileira e os princípios que a sustenta.

Palavras-chave: Mandado de busca e apreensão coletivo. Mandado genérico. Inviolabilidade de domicílio. Direitos e garantias fundamentais.

ABSTRACT

Because of increase of criminality, especially caused by criminal organizations of reach national, causing the feeling of public insecure, society e anothers public entities ask for repressive measures to combate crime. So, have been request and granted by judiciary collective and generic search and seizure warrants, despite the absence of legal provisions about this, allowing whole communities to be invaded by a single judicial authorization, to search for any evidences of crimes, under the argument of public interest and security. From this perspective, it is necessary to analyse the legal and constitutional rules about the topic, to assess his conformity with the order juridical brazilian. Therefore, was used as methodology bibliography and judicial documents, of pure type, with exploratory purpose, seeking to contribute with debates and solve theoretically the controversial issue, with qualitative research, in view of its complex object and with multiple meaning. As result, it was observed that both collective and general diligence violate various norms of criminal procedural law that regulate the search and seizure, as well as the constitutional principles and rights of domestic inviolability, the motivation of judicial decisions and equality, and is not proportional the violation of these rights in the face of public safety, nor justified by the end that awaits with the measure. Thus, it is concluded that the warrant studied besides illegal is unconstitutional, so, incompatible with the Brazilian legal system and the principles that underpin it.

Keywords: Search warrant and collective seizure. Generic warrant. Inviolability of domicile. Fundamental rights and guarantees

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
HC	Habeas Corpus

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	DA BUSCA E DA APREENSÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	16
2.1	Conceito	16
2.2	Histórico	18
2.3	Natureza jurídica	19
2.4	Requisitos	21
2.4.1	<i>Requisitos da busca domiciliar.....</i>	21
2.4.1	<i>Requisitos da busca pessoal</i>	27
2.5	Do mandado de busca e apreensão coletivo e genérico.....	28
3	DOS DIREITOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVOS E GENÉRICOS	31
3.1	Da inviolabilidade de domicílio	31
3.2	Da motivação das decisões judiciais	36
3.2.1	<i>Os atos jurisdicionais</i>	37
3.2.2	<i>Dos vícios e requisitos da motivação.....</i>	38
3.3	Princípio da proporcionalidade	41
3.4	Princípio da proibição da proteção deficiente.....	44
3.5	Do direito à segurança	46
3.6	Supremacia do interesse público.....	50
3.7	Princípio da igualdade	52
4	CASOS PRÁTICOS ENVOLVENDO MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVOS E GENÉRICOS E A SUA COMPATIBILIDADE COM A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	55
4.1	Processo 6021-94.2018.8.06.0138	55
4.2	Caso da comunidade do Jacarezinho.....	60
4.3	Análise crítica da compatibilidade dos mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos com a ordem jurídica brasileira.....	62

5	CONCLUSÃO	74
	REFERÊNCIAS	76
	ANEXO A – DECISÃO DE BUSCA E APREENSÃO NO PROCESSO	
	6021-94.2018.8.06.0138	81
	ANEXO B – MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO	89
	ANEXO C – DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE	
	JANEIRO (CASO DA COMUNIDADE DO JACAREZINHO)	90

1 INTRODUÇÃO

Diante do aumento da criminalidade, ocasionando a sensação de insegurança pública, e a crise generalizada do direito penal, a sociedade e órgãos públicos tem buscado medidas mais repressivas para coibir condutas delituosas em defesa da ordem pública.

Desta forma, tem sido requerido por autoridades públicas, e constantemente deferido pelo Poder Judiciário, mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos, voltados para comunidades específicas, sem delimitar de forma precisa as casas objeto da diligência e a sua finalidade. A medida não é recente, mas a discussão emergiu diante do atual quadro de criminalidade que assola o país, dominado por organizações criminosas de âmbito nacional e com a guerra às drogas que tem sido travada por essas facções e pela polícia.

Nesse sentido, a medida tem sido utilizada como instrumento urgente para resolver problemas de criminalidade, alcançando Estados como o Ceará, mas sobretudo o município do Rio de Janeiro, aflorando a discussão após a decretação da intervenção federal no Rio de Janeiro em 2018, em que autoridades manifestaram a possibilidade de serem expedidos mandados de busca e apreensão coletivos, em nome da segurança pública. A questão, inclusive, chegou ao Supremo Tribunal Federal - STF, em habeas corpus coletivo preventivo, no qual se questiona a sua constitucionalidade.

A busca e apreensão domiciliar é dos instrumentos disponíveis ao Estado para a persecução penal, regulado por meio do Código de Processo Penal, nos limites traçados pela Constituição Federal de 1988. No entanto, a sua decretação coletiva e genérica não tem previsão legal, e se correlaciona com vários direitos e princípios constitucionais, fazendo-se necessário a análise pormenorizada dessas normas.

A relevância científica deste trabalho jaz em avaliar de forma objetiva, científica e jurídica se esses mandados coletivos e genéricos podem ser aceitos de forma coerente com o sistema jurídico brasileiro adotado, podendo ser utilizado como instrumento para coibir a criminalidade e garantir a ordem pública, ou se deve ser política repressiva rechaçada pelas autoridades judiciárias. A sua relevância social reside na conclusão da medida, uma vez que independentemente da conclusão a que se chegue, a diligência terá impactos sociais sobre a efetivação do direito penal, da repressão à condutas delituosas, sobretudo ao crime organizado, e à comunidades marginalizadas, principais alvos de operações policiais em grande escala, que poderão ter suas residências constantemente afetadas com a medida, ou a paz de não ver a sua casa alvo de buscas policiais indiscriminadas.

Nesse contexto, tendo por objeto de estudo o mandado de busca e apreensão coletivo e o genérico, o presente trabalho objetiva analisar os dispositivos processuais penais sobre a busca e apreensão e como esses mandados são tratados pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais pátrio, cuja abordagem será feita no segundo capítulo. Em outro momento, explora-se a inviolabilidade de domicílio, a motivação das decisões judiciais, o princípio da proporcionalidade e da proibição da proteção deficiente, o direito à segurança pública, a supremacia do interesse público e, por fim, a igualdade, princípios e direitos que se relacionam de forma direta ou indireta com a diligência ora em estudada, questionados e utilizados como fundamento para a decretação ou não concessão da medida.

Após esse estudo teórico, analisam-se duas decisões judiciais, uma favorável e outra contrária à medida, confrontando os argumentos embasados na decisão, a fim de analisar, enfim, de forma crítica e em conformidade com os dispositivos analisados anteriormente, a compatibilidade da medida com o sistema jurídico brasileiro, refletindo, ainda, se esses mandados poderiam ser aceitos mesmo se fossem ilegais e inconstitucionais, como medida emergente para justificar a finalidade do combate ao crime.

Para tanto, faz-se uso de pesquisa bibliográfica e de documentos judiciais, do tipo pura, com finalidade exploratória, buscando contribuir com os debates e solucionar de forma teórica a questão controvertida, com pesquisa qualitativa, tendo em vista o seu objeto complexo e com múltiplos sentidos.

2 DA BUSCA E DA APREENSÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 Conceito

A busca e apreensão está disciplinada no Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal Brasileiro, no título VII, capítulo XI, artigo 240 e seguintes.

Trata-se, em suma, da procura por elementos importantes à persecução penal, seguida da imediata detenção pelo Estado dos objetos encontrados.

Tornaghi (1991, p. 458) assim define a busca:

É a procura, a cata de alguma coisa. Não é mero exame, investigação, pesquisa. Difere pois: - da vistoria judicial (ispezione oculare, augenschein), ato por meio do qual o juiz aplica os próprios sentidos para receber uma impressão pessoal de um ser ou de um fenômeno; - da perícia (perizia, Sachverständigen-Gurachten), exame feito por expertos com a finalidade de informar o juiz; - do reconhecimento (ricognizione, Anerkennung), seja de pessoas, seja de coisas.

Apesar de dispostas no mesmo capítulo do Código de Processo Penal, a busca e a apreensão são institutos independentes, que podem ser executados separadamente. É possível que ocorra a busca sem o resultado subsequente, ou seja, sem a apreensão, por exemplo, caso seja procurado uma arma de fogo utilizada em um delito e a mesma não tenha sido encontrada.

Da mesma forma, pode ser realizada a apreensão de um objeto sem que tenha havido busca, porque o agente voluntariamente entregou. No entanto, em regra, são praticadas conjuntamente, conforme assevera Tornaghi, ao definir a apreensão:

A finalidade da busca é sempre, como já disse, apreender algo. A apreensão (saïse, sequestro, Beschlagnahme, seizure) é o ato pelo qual a autoridade ou seu agente retira a pessoa ou coisa da esfera de quem a detém. É providência acautelatória e, como tal, é meio e não fim. (TORNAGHI, 1991, p. 468-469)

A despeito de serem comumente referidas como instrumentos para a produção de prova, o Código de Processo Penal prescreve várias finalidades a que se dirige a busca e apreensão, e algumas delas não possuem finalidade probatória.

O parágrafo primeiro do art. 240 do CPP dispõe que se procederá à busca domiciliar para prender criminosos, apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, apreender instrumentos de falsificação, apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, descobrir objetos para prova da infração ou defesa do réu, apreender cartas, pessoas vítimas de crimes, e colher qualquer elemento de convicção.

Além da busca domiciliar, o CPP também prevê a possibilidade de a busca e apreensão ser pessoal, que nada mais é do que a revista, podendo recair sobre o próprio sujeito, suas vestes e objetos que esteja portando. Neste caso, o próprio indivíduo serve como repositório para esconder objetos relacionados a um dado delito.

A busca domiciliar e a pessoal possuem basicamente as mesmas finalidades. À exceção de prender criminosos e apreender pessoas vítimas de crimes, esta última se destina a todas as demais finalidades elencadas acima, conforme disposto no parágrafo segundo do art. 240 do Código de Processo Penal.

Analisando cada uma das finalidades da busca, Nucci (2014, p. 579) assevera que prender criminosos pode ser tanto na situação de prisão em flagrante como em caso de cumprimento de mandado judicial.

Em relação à apreender armas e munições, importante destacar que a lei 10.826 de 2003 tipifica em seu art. 12, 14 e 16 a conduta de possuir ou portar arma irregularmente. No entanto, é possível também a apreensão de armas e munições legais, caso tenham sido utilizadas ou se destinem à atos delituosos.

Além de armas e munições, é possível a realização de busca para apreender outros instrumentos utilizados no delito, como armas impróprias, à exemplo de facas.

Por apreender pessoas vítimas de crime, a seu turno, esclarece a doutrina tratar-se de medida que visa a restituição da liberdade da vítima, retirando-lhe do local em que esteja coagida, como na hipótese de cárcere privado, delito previsto no art. 148 do Código Penal. Ana Maria Campos Tôrres (2004, p. 133) também cita a necessidade de realização de busca e apreensão para a realização de perícias na vítima.

Questão controversa trata-se da possibilidade de busca e apreensão de cartas. Parte da doutrina entende, a despeito de não estar expressamente revogada, que esta finalidade tornou-se inválida com o advento da Constituição Federal de 1988, o qual prescreve em seu art. 5º, inciso XII, ser inviolável o sigilo da correspondência, sem prever qualquer exceção à regra. Compartilham desse entendimento Tourinho Filho (2013, p. 415) e Mirabete (2006, p. 320).

Para Nucci (2014, p. 583-584), entretanto, não obstante a literalidade do art. 5º, XII, da Constituição Federal, nenhum direito e garantia é absoluto, e seguir categoricamente o disposto na CF é privilegiar uma norma constitucional sobre outra, quando se deveria garantir a harmonia entre os direitos e garantias constitucionais. Desta forma, defende a constitucionalidade da busca e apreensão de cartas, até como medida para evitar a punição de um inocente.

Interessante o entendimento de Marcellus Polastri Lima sobre o assunto. Para o autor

(2013, p. 588) a proteção constitucional não comporta, de fato, exceções. No entanto, sustenta que a correspondência de que trata a norma constitucional é uma via de comunicação, ou seja, do encaminhamento da carta. Assim, enquanto fechada, antes de chegar ao seu destinatário, deve-se preservar a sua inviolabilidade, porém, uma vez aberta e tendo o destinatário conhecimento do seu conteúdo, a carta passa a constituir mero documento particular e, nesta hipótese, seria plenamente possível a apreensão.

Examinando as finalidades elencadas pelo parágrafo primeiro do art.240 do CPP, percebe-se que as hipóteses deixam margem para a busca e apreensão de objetos que de alguma forma sirva como prova da infração, necessários à prova ou para a formar a convicção do julgador, ampliando as possibilidades da apreensão.

Para Ana Maria Campos Tôrres, entretanto, (2004, p. 132) o item genérico de colher qualquer elemento de convicção não pode ser recepcionado pela Constituição, pela sua indeterminação, entendimento partilhado por Aury Lopes Junior (2014, p. 733).

Elencadas as possibilidades pelo Código de Processo Penal, para a doutrina majoritária, tratam-se de hipóteses taxativas, por restringirem direitos fundamentais. Além disso, entende Aury Lopes Junior (2014, p. 728) que por se tratar de rol extenso com cláusulas genéricas, não é possível aplicar analogia.

Em sentido contrário, Nucci (2014, p. 579) defende se tratar de rol exemplificativo, sendo possível a utilização de analogia, em virtude da autorização conferida pelo art. 3º do CPP, segundo o qual é possível utilizar aplicação analógica na lei processual penal.

2.2 Histórico

O disciplinamento acerca da busca e apreensão é recente nos ordenamentos jurídicos. No entanto, desde a antiguidade, a casa do indivíduo é visto como local a ser protegido e resguardado contra intromissões alheias.

Tornaghi (1991, p. 459) ensina que a despeito da ausência de disciplinamento legal sobre a busca na idade média, o juiz ordenava buscas no domicílio alheio.

Analisando a legislação nacional, Luciano Dutra (2007, p. 52-56) observou que o Código de Processo Penal do império, datado de 1832, foi a primeira legislação a tratar da busca, o qual passou por várias reformas para disciplinar melhor o instituto. Destaca-se a reforma de 1841, permitindo aos chefes de polícia a expedição de mandados de busca.

Ainda segundo o sobredito autor, em 1891, fora editada a primeira Constituição da República do Brasil, o qual delegou aos estados a competência para legislar sobre processo.

Não obstante, segundo esclarece Marcellus Polastri Lima (2013, p. 583), a própria Constituição já previa que a casa é asilo inviolável do indivíduo, e apenas permitia o ingresso sem o consentimento do morador em caso de desastres, para acudir vítimas, e de dia, nos casos previstos em lei. Apesar da redação ser de uma Carta Magna antiga, nota-se certa semelhança com o texto da atual Constituição Federal.

Ademais, antes disso, o Código Penal de 1890 permitia a entrada à noite em casa alheia no caso de cometimento de crime ou violência, e outras hipóteses de calamidade.

A Constituição de 1934 estabeleceu novamente a competência privativa da União para legislar sobre processo, e em 1941 adveio o Código de Processo Penal vigente, disciplinando o assunto da busca e apreensão na matéria de provas.

Confrontando a publicação original e o CPP atualizado, percebe-se não haver qualquer mudança em relação ao disciplinamento legal da busca e apreensão. Os 10 (dez) artigos sobre o assunto permanecem, do ponto de vista formal, intactos. Há apenas uma novidade legislativa, disposta no art. 289 do CPP, alterado pela Lei 12.403/2011 o qual permite a busca e apreensão do acusado mediante carta precatória.

Com efeito, ao observar o processo histórico brasileiro a respeito da disciplina legal da busca e apreensão e da inviolabilidade domiciliar, nota-se ter havido cautela por parte dos legisladores a respeito da intromissão na casa alheia, não tendo sido diferente o Código Processualista de 1941.

No entanto, o referido diploma legal possui 77 anos e, em virtude do decurso do tempo e da adoção de novos parâmetros principiológicos no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988, doutrina e jurisprudência reformularam alguns entendimentos acerca da busca e apreensão, adequando-os aos preceitos constitucionais, mormente diante do sistema acusatório adotado pela CF, dos princípios inerentes à jurisdição, e dos direitos e garantias previstas no art. 5º da Carta Magna, os quais serão oportunamente abordados.

2.3 Natureza Jurídica

Conforme mencionado, a busca e apreensão é tratada pelo Código de Processo Penal com meio de prova. Apesar do tratamento legal dado pela lei, a doutrina pátria diverge quanto a sua natureza jurídica, entendendo a doutrina majoritária se tratar de medida acautelatória.

Entende-se por prova os elementos de convicção produzidos sob o crivo do contraditório. São, portanto, elementos colhidos na fase processual, mais especificadamente

em sede de instrução criminal, momento em que as partes poderão ter contato com os elementos apresentados pela outra parte e, a partir de então, confrontá-los com a sua tese. O resultado dessa dialética é a prova.

As fontes colhidas em fase pré processual tratam-se de elementos informativos colhidos no inquérito policial, visando apenas obter lastro probatório mínimo, com materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, dando suporte ao titular da ação penal a fim de que este possa ingressar com a denúncia perante um juízo previamente constituído.

Uma vez que a investigação preliminar tem como característica ser inquisitiva, sem contraditório e ampla defesa, os elementos colhidos na fase pré-processual são apenas elementos de informação, que futuramente poderão ser meios de provas, quanto produzidos sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Apesar de a diligência poder ser realizada também em sede processual, é comumente utilizada na fase de inquérito policial ou mesmo antes da sua instauração, justamente para poder garantir a produção de provas na instrução criminal. Desta forma, a medida não é produzida com observância ao contraditório e à ampla defesa, em regra.

Para Marcellus Polastri Lima (2013, p. 577), apesar de disposta como meio de prova no processo penal, a busca e apreensão tem, em regra, natureza de medida cautelar, pois visa resguardar os elementos probatórios que venham a ser utilizados no processo.

Para melhor compreensão da divergência, faz-se necessário compreender também o que são medidas cautelares. Trata-se de medidas de urgência com o objetivo de evitar futuros danos, seja para garantir a apuração do fato criminoso, a futura execução da pena ou o ressarcimento do dano causado pelo fato delituoso. Podem recair sobre a pessoa do acusado, coisas ou meios de prova.

Para a sua decretação, devem ser demonstrados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, além da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Com efeito, o art. 156, inciso I, do CPP dispõe expressamente que o Juiz poderá ordenar a produção antecipada de provas, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Além disso, o art. 282 aduz que as medidas cautelares previstas no título IX do CPP deverão observar a necessidade e a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Retomando o pensamento do referido autor, Marcellus Polastri Lima (2013, p. 578) esclarece, ainda, que a natureza da busca e apreensão dependerá da sua finalidade. Por exemplo, em caso de da captura de pessoa para cumprir prisão-pena, a medida não se reveste de natureza cautelar.

Em síntese, para o autor (2013, p. 579), a busca e apreensão terá medida cautelar quando tem por objetivo a instrução probatória, pois garantirá a produção da prova, bem como o seu não perecimento.

Na mesma linha, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 203) também se referem aos institutos como medidas cautelares, assim como e Hélio Tornaghi (1991, p. 458) e Aury Lopes Junior (2014, p. 721), criticando este último a opção do legislador em colocá-los como meios de prova.

Além disso, este último doutrinador adverte que a apreensão pode ser medida assecuratória, quando destinada a restituir o bem à vítima (2014, p. 722). As medidas assecuratórias são tratadas pela doutrina como espécie de medida cautelar, com a função específica de proteger interesses econômicos da vítima ou do Estado, em virtude de repercussões patrimoniais provenientes do delito.

Divergindo da doutrina majoritária, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 572), entende que a medida tem natureza mista, podendo ser vista tanto como medida assecuratória como meio de prova.

Diante do exposto, não se pode entender a natureza da medida sob análise apenas em conformidade com a classificação posta pela lei. Com efeito, a prova precisa ser produzida sob o crivo do contraditório e ampla defesa, e a diligência ora analisada é comumente utilizada no âmbito das investigações preliminares para evitar o perecimento da futura prova. Mas também não se pode afirmar que apenas tem natureza cautelar, posto que pode ser determinada na fase de instrução probatória.

Portanto, como pondera Marcellus Polastri Lima, outrora já mencionado, a medida terá a sua natureza determinada a depender da sua finalidade, podendo ser ora cautelar, ora meio de prova.

2.4 Requisitos

2.4.1 Requisitos da busca domiciliar

A lei processual penal e a Constituição Federal impõem uma série de condições para a realização da busca domiciliar, dirigidas tanto para a autoridade judiciária quanto para a autoridade que executará o mandado.

Antes de analisar como o Código de Processo Penal disciplina o tema, é importante examinar os contornos constitucionais sobre o assunto.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu rol de direitos e garantias fundamentais, insculpidas no art. 5º, a garantia da inviolabilidade de domicílio, no inciso XI, segundo a qual “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (BRASIL, 1988, online).

Analisando o texto constitucional, percebe-se que a inviolabilidade de domicílio é uma garantia para benefício dos indivíduos, nada obstando que o morador autorize o ingresso de qualquer pessoa em sua casa, inclusive da autoridade policial, e esta realize a busca de objetos, seja de dia ou de noite.

Nesse sentido, assevera Aury Lopes Junior (2014, p. 728), a autoridade policial poderá realizar a busca e apreensão de bens mesmo sem mandado judicial, desde que haja o consentimento válido do morador.

Para tanto, o consentimento deve ser expresso e o morador deve estar plenamente ciente do objetivo do ato. Se a autoridade policial simula os motivos do ingresso domiciliar, induz em erro ou coage de qualquer forma o morador, há vício quanto ao consentimento, razão pela qual a busca e apreensão realizada nesses termos é ilícita.

No entanto, conforme esclarece Luciano Dutra (2007, p. 97), em sendo habitação coletiva a anuência deve ser unânime, pois a garantia da inviolabilidade é individual.

Também é possível a qualquer pessoa ingressar na casa do indivíduo de dia ou de noite sem o consentimento do morador, em caso de desastre, para prestar socorro, ou, ainda, em caso de flagrante delito, situações na qual dispensa-se, inclusive, autorização judicial.

Desta forma, deduz-se do texto constitucional ser possível a busca e apreensão sem autorização judicial, desde que haja flagrante delito.

O conceito de flagrante é bastante amplo, posto que a doutrina nacional classifica as hipóteses de flagrante em legal e doutrinária. A primeira está expressamente prevista no art. 302 do CPP, o qual considera em flagrante delito quem está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la. A esses casos a doutrina chama de flagrante próprio.

Outrossim, o art. 302 do CPP considera em flagrante quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração ou, ainda, quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração, situações denominadas pela doutrina de flagrante impróprio, em virtude de o suspeito não estar mais praticando a infração penal, mas a situação faz presumir a ocorrência do delito.

Segundo Tourinho Filho (2013, p. 410), o sentido constitucional do flagrante refere-se

à hipótese de flagrante próprio, quando alguém está, de fato, cometendo o crime, posto que a Constituição restringiu ainda mais a entrada no domicílio alheio. Também é esse o entendimento de Tôrres (2004, p. 150). Em sentido contrário, Marcellus Polastri Lima (2013, p. 583) considera que todas as hipóteses de flagrante estão albergadas pela norma constitucional.

Discute-se, ainda, a respeito dos crimes permanentes, aqueles em que a consumação se prolonga pelo tempo, situação na qual a todo momento se estaria diante de um flagrante propriamente dito. Assim, seria possível, em tese, penetrar no domicílio sem o consentimento do morador ou autorização judicial. Esse é o entendimento de Nucci (2014, p. 587).

Para Tôrres (2004, p. 153), entretanto, por se tratar de crimes que duram, não há urgência do flagrante próprio, razão pela qual é possível requerer ao judiciário o mandado competente para ingressar no domicílio alheio.

Não obstante o entendimento de Tôrres, uma vez que os crimes permanentes nada mais são do que hipóteses de flagrante próprio, pode-se concluir que em tais situações poderá o agente policial ingressar no domicílio alheio e eventualmente realizar buscas e apreensões, vez que o flagrante é uma das hipóteses constitucionais de violabilidade do domicílio alheio.

Não sendo o caso de flagrante delito, a Constituição impõe como requisito para ingressar no domicílio uma determinação judicial, o qual é exteriorizada através de uma ordem conhecida como mandado judicial. O Código de Processo Penal também decreta a necessidade de mandado, em seu art. 241, dispositivo este cuja redação é a mesma desde a publicação do Código, em 1941.

No entanto, alude o referido artigo do CPP, se a busca for realizada pessoalmente pela autoridade judiciária ou policial não há necessidade de mandado. Tendo em vista que a redação do art. 241 precede à Constituição Federal de 1988, é inconstitucional a parte do artigo que permite a busca domiciliar feita pessoalmente pela autoridade policial sem a prévia expedição de mandado, em virtude da imposição constitucional de determinação judicial.

Em relação à parte do dispositivo que permite a realização da busca pessoalmente pela autoridade judiciária, dispensando-se mandado judicial, há divergência na doutrina. Tourinho Filho (2013, p. 416) sustenta ser plenamente possível que o juiz pessoalmente se dirija ao domicílio e realize a busca, sem a necessidade de mandado.

Por outro lado, defende Lopes Junior (2014, p.736) ser imprescindível a prévia expedição de mandado para a realização da diligência mesmo quando a autoridade judiciária a realize pessoalmente, em razão do sistema acusatório adotado pela Constituição de 1988, no qual deve-se preservar a imparcialidade do magistrado. Com efeito, o juiz deve-se manter

distante da iniciativa instrutória, cabendo esta exclusivamente às partes. O aludido autor entende até mesmo ser inadmissível à autoridade judiciária proceder buscas pessoalmente.

Não se pode esquecer, ademais, que a Constituição Federal impôs a necessidade de toda determinação judicial ser devidamente motivada, razão pela qual é necessário que o magistrado expeça o mandado previamente, ainda que realize a busca de maneira pessoal. Não é porque é autoridade investida de função jurisdicional que os seus atos são necessariamente legítimos, fazendo-se necessário que o morador saiba porque a sua casa está sendo alvo de buscas, e qual o respaldo jurídico para tanto.

O art. 242 do CPP permite que a busca seja determinada de ofício ou à requerimento. Aury Lopes (2014, fl. 736), no entanto, divergindo de boa parte da doutrina, defende ser inconstitucional a busca e apreensão determinada de ofício pela autoridade judiciária, pelos mesmos motivos anteriormente expostos.

Com entendimento intermediário, Marcellus Polastri Lima (2013, p. 579) deduz ser possível ao juiz decretar a medida de ofício no curso da ação penal. Em sede investigatória, entretanto, a diligência só pode ser determinada se requerida, em virtude do sistema acusatório e do princípio da imparcialidade que rege a atuação jurisdicional.

Para Luciano Dutra (2007, p. 67), entretanto, o Juiz pode diligenciar na busca pela verdade real, podendo decretar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, conforme dispõe o art. 156 do CPP.

Para que esse mandado domiciliar seja considerado válido, o CPP impõe, ainda, uma série de requisitos em seu art. 243. O primeiro deles é a indicação, o mais precisamente possível, da casa em que será realizada a diligência, bem como o nome do seu proprietário ou do morador.

Ainda, exige a lei mencionar o motivo e os fins da diligência e ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. A descrição dos motivos e fins são essenciais para evitar a prática de abusos e buscas desprovidas de respaldo jurídico, demonstrado a necessidade da diligência, por se tratar de medida invasiva e restritiva de vários direitos. O Estado não pode ingressar no domicílio alheio sob qualquer pretexto, dado que a casa é o núcleo da intimidade do indivíduo. Assim, assinala Aury Lopes Junior (2014, p. 732), que o motivo exige a demonstração de que a medida não pode ser obtida por outro meio menos violento.

Certamente, além de todos esses requisitos formais que visam limitar a invasão domiciliar praticada pelo Estado, protegendo os indivíduos de eventuais abusos e excesso de poder, a medida apenas se revestirá de legitimidade se houver fundadas razões que a

justifiquem, exigência expressa do parágrafo primeiro do art. 240 do CPP.

A lei exige fundadas razões e essas razões se baseiam na suspeita grave, séria, confortada pelo que a autoridade judicial sabe, pelo que teme, pelo que deve prevenir ou remediar e não na realidade que só por meio da busca vai ser conhecida. Fundadas razões são as que estribam em indícios de que a pessoa ou coisa procurada se encontram na casa em que a busca deve ser feita (TORNAGHI, 1991, p. 463)

Não bastam, portanto, meras suposições ou palpites, dotadas de subjetivismo, devendo a medida estar respaldada em elementos informativos concretos aptos a demonstrar certo grau de culpabilidade do morador. São as fundadas razões, nas lições de Luciano Dutra (2007, p. 64) que constitui o pressuposto do *fumus comissi delicti* para a decretação da medida.

Após a expedição do mandado devidamente fundamentado, com todos os seus pressupostos materiais e requisitos formais, a autoridade policial está autorizada a efetuar a busca e apreensão.

Para executar a medida, a autoridade policial deve se dirigir ao local necessariamente durante o dia, conforme determina o art. 5º, inciso XI, da Carta Magna e o art. 245 do CPP, e antes de adentrar na casa, o executor deve mostrar, ler o mandado ao morador ou a quem o represente, intimando-o a abrir a porta. Sendo certa a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador deve ser intimado para mostrá-la.

Tais requisitos também são exigidos pela lei em caso de compartimento habitado ou aposento ocupado de habitação coletiva ou não aberto ao público, onde alguém exerce atividade profissional, consoante dispõe o art. 246 do CPP.

Além disso, a medida deve ser realizada de forma menos invasiva possível, aduzindo o CPP expressamente, em seu art. 248, que a diligência deve ser feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência.

No entanto, caso o morador obste de alguma forma a medida, será excepcionalmente admitido uso de força. No caso, o que o CPP permite é o arrombamento da porta e forçar a entrada se porventura houver desobediência por parte do morador, ou o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa para o descobrimento do que se procura, se o morador estiver retrucando a diligência.

Indubitavelmente, a despeito do silêncio do legislador, tais medidas invasivas devem ser realizadas fazendo uso da força apenas no que for estritamente necessário, de forma proporcional. Não é porque a lei permite o uso de força que o executor da medida está liberado a danificar a casa e objetos do morador.

Admite-se, ainda, que o executor tome tais medidas quando ausente os moradores. Contudo, deve ser intimado para assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver

presente.

Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes, segundo o disposto no parágrafo sexto do art. 245.

Exige-se ainda, após finalizada a diligência, a formalização do ato. Desta forma, os executores lavrarão auto circunstanciado, registrando com detalhes todo o ocorrido, assinando-o juntamente com duas testemunhas presenciais, o que deverá ser feito também em caso da medida não ter sido exitosa, conforme ensina Aury Lopes Junior (2014, p. 736).

A lei impõe, ainda, ser vedado a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito, consoante redação do art. 243, parágrafo segundo.

Trata-se de desdobração da ampla defesa e do direito à não produzir provas contra si mesmo, na medida em que o cliente deposita em seu advogado confiança no caso em que está sendo investigado ou processado, não podendo o Estado usar da relação cliente-advogado como meio para facilitar a persecução penal.

É claro, todavia, que a vedação legal apenas ampara documentos lícitos, isto é, que não constituem o próprio objeto do crime, sendo plenamente possível, por exemplo, que se proceda à busca e apreensão de um documento falsificado pelo suspeito em poder do seu advogado, pois nesta hipótese o documento constitui o próprio corpo de delito.

Na verdade, em tal hipótese, o advogado poderá também estar incorrendo em crime, tipificado como favorecimento real, previsto no art. 349 do Código Penal, consoante observa Tornaghi (1991, p. 470).

Reforçando a garantia, mas como direito do advogado, a Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, mais conhecida como Estatuto da Advocacia, garante em seu art.7º, inciso II, a inviolabilidade dos escritórios advocatícios, instrumentos de trabalho e correspondências, relativas ao exercício da advocacia, com redação dada pela Lei 11.767/2008.

Além disso, a referida lei acrescentou o parágrafo sexto, limitando ainda mais as buscas e apreensões tendo como objeto escritórios, aludindo que havendo indícios de autoria e materialidade de crime por parte de advogado, poderá a autoridade judiciária decretar a quebra da inviolabilidade, de forma motivada, por meio de mandado de busca e apreensão, a ser cumprido na presença de representantes da OAB, mas sendo vedado a utilização de documentos e outros objetos dos clientes do advogado. Essa ressalva, porém, não se estende aos clientes formalmente investigados nos crimes que deu causa à quebra da inviolabilidade do escritório, conforme dispõe o parágrafo sétimo.

Ademais, ressalta-se que a inviolabilidade protege apenas a posse de documentos,

mídias, objetos ou outros instrumentos lícitos em poder do advogado, conforme destaca Nucci (2014, p. 578), sob pena de impedir o Estado na persecução penal.

2.4.2 Requisitos da busca pessoal

Assim como a busca domiciliar, exige a lei como pressuposto material para a realização da diligência uma justificativa, referindo-se o Código de Processo Penal à fundadas suspeitas, em seu art. 240, parágrafo segundo.

Para Nucci (2014, p. 586), a suspeita é desconfiança, relacionada à intuição, e dotada de fragilidade, razão pela qual a exige-se fundada suspeita, que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém, não pode se valer apenas de pressentimento, sendo necessário algo tangível, como uma denúncia, ou visualizar uma saliência sob a blusa de alguém, com a impressão de se tratar de uma arma.

Além do requisito material, para proceder à busca pessoal é necessária autorização judicial mediante mandado, observando-se os requisitos do art. 243, outrora já analisado.

No entanto, o CPP dispensa o mandado judicial no ato da prisão e havendo fundadas suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objeto ou papéis que constituam corpo de delito. Note-se que a lei exige não apenas a mera suspeita, livre à conveniência da autoridade, mas a sua fundamentação, em elementos concretos. A autoridade policial deve ter meios de justificar porque realizou a busca, não podendo se respaldar apenas em mero palpite ou intuição.

Prescinde-se de mandado, ainda, no curso de uma busca domiciliar, conforme dispõe o art. 244 do CPP, de modo a torná-la mais efetiva, pois seria plenamente possível que o morador escondesse instrumentos do delito em suas vestes, frustrando a busca domiciliar. Assim, é lícito às autoridades policiais realizarem busca pessoal no morador durante a execução de uma busca domiciliar, mas desde que esta tenha sido legitimamente autorizada por meio de mandado judicial e os seus pressupostos autorizadores, sob pena da medida ser ilegal.

Apesar da omissão do legislador, Luciano Dutra (2007, p. 111) argumenta também ser necessário a leitura do mandado no caso da busca pessoal, oportunizando ao indivíduo apresentar o que se busca, sem a necessidade da medida invasiva.

Em caso de busca pessoal em mulher, o CPP impõe em seu art. 249 que a diligência deve ser feita também por outra mulher. Saliente-se que o artigo ainda tem a mesma redação original quando da sua publicação em 1941, demonstrando a preocupação do legislador de

mais de 70 anos atrás em ser o menos invasivo possível, evitando constrangimentos à mulher.

Contudo, o referido dispositivo aduz que a busca apenas será feita por outra mulher se não importar retardamento ou prejuízo da diligência, o que deixa margem para que muitas revistas sejam realizadas por homens a fim de garantir a rapidez, mesmo que isso cause constrangimentos à mulher.

2.5 Do mandado de busca e apreensão coletivo e genérico

No cotidiano, tem-se noticiado a expedição de mandados coletivos e genéricos, assim chamados em razão de não individualizarem o domicílio ou o que se busca com a diligência, ou, ainda, por não precisarem a sua razão.

Para Aury Lopes Junior (2014, p. 731) esses mandados genéricos tratam-se, muitas vezes, de autorizações dirigidas a quarteirões inteiros, ou mesmo para determinadas favelas.

A doutrina não faz diferença expressa do mandado coletivo, genérico ou indeterminado, muitas vezes os utilizando como sinônimos. No entanto, pelo que se observa, o mandado coletivo é o que a autoridade judiciária permite a diligência em áreas de grande extensão, geograficamente imprecisas, como uma comunidade inteira. Tratam-se de verdadeiras “varreduras”, sem especificar o domicílio da busca e os seus respectivos moradores. O genérico ou indeterminado, a seu turno, podem ser tratados como sinônimos, e referem-se às determinações judiciais em que não se precisa a motivação da diligência, os fatos investigados, ou a sua finalidade.

Não obstante esse esclarecimento, o estudo dos mandados coletivos inevitavelmente analisa os mandados genéricos, visto que a maior parte dessas decisões judiciais não apenas autorizam a medida de forma coletiva, mas também para buscar quaisquer elementos de prova, portanto, de modo indeterminado.

A autorização dessa diligência coletiva não é recente. Em relatório rio: violência policial e insegurança pública, produzido pelo Centro de Justiça Global, publicado em 2004, critica-se o uso de tais mandados no Rio de Janeiro, citando decisões judiciais tanto legitimadoras como contrárias à medida, datando, respectivamente, de 2002 e 2003 (LYRA, 2004, p. 34-35).

Questiona-se na doutrina e jurisprudência a validade desses mandados, devido à ausência de previsão legal expressa que os legitimem.

Na verdade, o Código de Processo Penal impõe em seu art. 243, inciso I, a necessidade de o mandado de busca e apreensão ser o mais certo possível, tanto em relação à casa em que

será realizada a diligência quanto ao nome do respectivo morador ou proprietário. Além disso, deve-se mencionar o motivo e os fins da diligência, segundo dispõe o inciso II do referido artigo.

Compulsando a doutrina, percebe-se haver posicionamento majoritário entendendo que o mandado deve ser certo e determinado, não sendo possível a autorização vaga, sem delimitação do objeto e local da busca, e a sem fundamentação dos motivos e finalidade da diligência.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 579) “não é possível admitir-se ordem judicial genérica, conferindo ao agente da autoridade liberdade de escolha e de opções a respeito dos locais a serem invadidos e vasculhados”, no entanto, o referido autor entende ser excepcionalmente admitido o mandado indeterminado quando o objeto ou local for determinável.

Também assinala Aury Lopes Junior (2014, p. 731) que o mandado apenas se revestirá de validade se tiver um foco definido, não sendo possível os mandados de busca e apreensão genéricos, os quais denomina de “monstruosidades jurídicas”.

Em sentido contrário, Rogério Lauria Tucci (2011, p. 340) defende ser possível a ordem judicial genérica, sem singularizar o objeto da busca, justificando que a Constituição Federal Brasileira não impôs a necessidade dessa especificação.

Na jurisprudência, a seu turno, também há entendimentos contrários aos mandados coletivos, concluindo pela sua inconstitucionalidade, pois a medida apenas será válida se precisamente descrita a moradia no qual deve ser cumprida a diligência, em relação a cada uma das pessoas que terá suas garantias sacrificadas, devendo haver correlação entre os indícios probatórios e o domicílio buscado, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹.

O mesmo tribunal², no entanto, já havia entendido pela possibilidade dos mandados de busca e apreensão coletivos, ressaltando ser possível a restrição dos direitos individuais em prol do interesse coletivo, desde que determinável o local da busca.

Analisando a jurisprudência dos Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, já se pronunciou, em decisão monocrática, rechaçando a possibilidade desses mandados coletivos, contra uma comunidade inteira, entendendo pela violação de vários dispositivos

¹ Entendendo pela incompatibilidade dos mandados de busca e apreensão coletivos com o ordenamento jurídico, destaca-se: TJ-RJ - HC: 00479475520178190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 34 VARA CRIMINAL, Relator: SIRO DARLAN DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 27/02/2018, SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 02/03/2018

² TJRJ - HC 0048172-75.2017.8.19.0000 - HABEAS CORPUS - Des (a). ANTONIO EDUARDO FERREIRA DUARTE - Julgamento: 26/09/2017 - QUARTA CÂMARA CRIMINAL

legais, entre eles o 242 do CPP, além de dispositivos constitucionais³.

Não obstante, diante do crescente índice de criminalidade que assola o país, mormente nos locais mais periféricos, somado à proliferação de grandes organizações criminosas conhecidas como facções, e às tentativas frustradas do poder público no combate ao tráfico de drogas, o Estado tem buscado implementar medidas repressivas mais eficazes e céleres, como os mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos, que possam, senão superar, pelo menos diminuir os índices de delinquência.

Diante desse contexto, sobretudo após anunciado intervenção federal no estado do Rio de Janeiro, em 2018, em que algumas autoridades do poder executivo suscitaram a possibilidade de serem expedidos esses mandados coletivamente⁴, foi impetrado em março de 2018 habeas corpus coletivo perante o Supremo Tribunal Federal – STF, questionando a ilegalidade e inconstitucionalidade desses mandados, ainda pendente de discussão no Pretório Excelso, até o fechamento deste trabalho, no HC de nº 154118⁵.

Por tais razões, a discussão sobre a possibilidade de o poder público expedir e executar mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos não está superada, e encontra novos argumentos dos órgãos públicos para a sua legitimidade, respaldados na segurança⁶ e no interesse público.

Em contrapartida, é fato que o ordenamento jurídico brasileiro tem como sustentáculo uma carta política garantista, que busca assegurar direitos e garantias individuais contra abusos da atuação estatal e o excesso de poderes.

À vista disso, o dilema entre a garantia da ordem pública e os direitos individuais exige esforço e análise acurada do ordenamento jurídico, iniciando-se pelos preceitos constitucionais que dão suporte ao direito brasileiro.

³ STJ – HC 416483 RJ 2017/0236856-5, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 20/09/2017

⁴ <https://www.conjur.com.br/2018-fev-19/governo-estuda-lei-autorizar-mandados-busca-coletivos>

⁵ Andamento do HC em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5370727>

⁶ No parecer proferido pela Procuradoria Geral da República, de nº 32.218, em 21 de março de 2018, referente ao HC 154118/DF, em que se questiona a anulação dos mandados de busca e apreensão coletivos, o Ministério Público Federal aduz que, em regra, o ordenamento jurídico proíbe a expedição de mandados de busca e apreensão genéricos. No entanto, sustenta que a Constituição Federal além de garantir a inviolabilidade de domicílio, assegura também o direito à segurança, presente no *caput* do art. 5º da Carta Magna. Desta forma, conclui que caberá ao Juiz no caso concreto analisar a possibilidade de adotar a medida extrema.

3 DOS DIREITOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVOS E GENÉRICOS

Por se tratar de medida invasiva, a busca e a apreensão relaciona-se à vários direitos, princípios e garantias consagradas na Constituição. Assim, serão analisadas as normas constitucionais que mais precisamente se relacionem com os mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos, a fim de avaliar se alguma delas é contrariada pela medida sob estudo, em face da ausência de previsão expressa a respeito.

3.1 Da inviolabilidade do domicílio

A garantia constitucional visa resguardar, em última análise, a intimidade, a privacidade e até mesmo a liberdade e a personalidade dos indivíduos. A casa é o núcleo da vida particular, local em que a pessoa tem maior liberdade e vive à sua maneira, sem intromissões alheias, com as regras e princípios que julga ser conveniente, desde que, é claro, não sejam ilícitos. É o espaço em que os indivíduos se despem da vida em sociedade e vivem seus relacionamentos pessoais.

Por tais motivos, ao se convencionar uma vida em sociedade por meio de regras e princípios positivados à luz do direito, o Estado garantiu ao seu povo a maior tutela possível ao domicílio, limitando até mesmo a sua intervenção contra excesso de poderes e eventuais abusos que possam ser praticados por seus agentes.

Desta forma, a Carta Constitucional da República Federativa do Brasil, assegurou em seu art. 5º, inciso XI, no rol dos direitos e garantias fundamentais, que a “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. (BRASIL, 1988, online)

Ao estatuir que a casa é o asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI), a Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana. (SILVA, 2010, p. 207)

No plano internacional, a inviolabilidade domiciliar também encontra tutela em tratados e outras declarações, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁷, e

⁷ Article 12 – “no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks”. Tradução: artigo 12 – ninguém será submetido à interferências arbitrárias na sua

a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, o Pacto de São José da Costa Rica⁸, promulgado pelo Brasil em 1992, e com status supralegal.

Muito antes disso, a primeira Constituição Brasileira, de 1824, cuidou de resguardar o ambiente domiciliar, assegurando que a casa é asilo inviolável do cidadão, de forma que apenas é lícito nela adentrar por consentimento do morador, em caso de incêndio ou inundação, e de dia, no casos que a lei determinar⁹.

A Constituição de 1891, a seu turno, trocou incêndio e inundação por acudir vítimas de crimes ou desastres, além disso, ampliou a inviolabilidade para os estrangeiros¹⁰.

Na mesma linha, a Constituição de 1934¹¹ seguiu a redação da Constituição de 1891. Entretanto, a Constituição de 1937 apenas assegurou, de forma bastante genérica, em seu art. 122, 6º, “a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salva as exceções expressas em lei” (BRASIL, 1937, online).

Por sua vez, a Constituição de 1946 retornou ao texto original já adotado nas Constituições de 1891 e 1934, redação bem mais garantista que a de 1937, o que também se manteve na Constituição promulgada em 1967, sob regime de ditadura militar.

Com a redemocratização do país, adveio a Constituição de 1988, de cunho garantista, e alterou-se novamente a redação da inviolabilidade domiciliar. Retirou-se do texto “acudir vítimas de crimes”, permanecendo a possibilidade de penetrar no domicílio alheio de dia ou de noite em caso de desastres, e acrescentando-se a possibilidade em caso de flagrante delito ou para prestar socorro. Além disso, como principal mudança, a atual Constituição não mais deixou livre ao arbítrio do legislador a possibilidade de ingressar no domicílio alheio, condicionando-a à prévia determinação judicial.

Deste modo, a Constituição cuidou de assegurar que o consentimento do morador é a

privacidade, família, domicílio ou correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências e ataques.

⁸ Art. 11. Proteção da Honra e da Dignidade – 2. “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. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

⁹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

¹⁰ Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei.

¹¹ Art. 113 – (...) 16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

autêntica autorização para o ingresso no domicílio alheio. No entanto, por não haver garantias absolutas, possibilitou o ingresso em situações excepcionais e, fora delas, condicionou à cláusula da reserva de jurisdição, de forma que apenas a autorização judicial é apta a legitimar a medida, não podendo fazê-la a autoridade policial.

Não obstante alguns preceitos da inviolabilidade domiciliar já terem sido oportunamente abordados quando analisado os requisitos da busca e apreensão, forçoso examinar a norma em comento de forma mais acurada.

Analisando autores estrangeiros e nacionais, Grotti (1993, p. 93) conclui haver divergência na doutrina quanto ao objeto tutelado pela inviolabilidade domiciliar, defendendo parte da doutrina se tratar da propriedade, outros a liberdade, a personalidade, a segurança individual, enquanto os demais doutrinadores entendem ser possível compatibilizar vários objetos na tutela constitucional, posição ao qual a referida autora se filia (1993, p. 98), ao aduzir não ser adequado reconhecer um único bem jurídico tutelado.

Segundo José Afonso da Silva (2010, p.437) a inviolabilidade domiciliar relaciona-se ao direito à segurança, sem prejuízo de reconhecer que a garantia constitucional tutela a privacidade e a intimidade.

George Marmelstein, a seu turno, (2009, p. 133) trata a inviolabilidade de domicílio como direito de personalidade, e decorrente da proteção à intimidade e à privacidade. Tucci (2011, p. 335) também se refere à garantia como limitação no interesse da privacidade.

Analisando o anteprojeto da Constituição (BRASIL, 1987, p. 9), nota-se que a comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, colocou a propriedade como direito autônomo, enquanto a inviolabilidade da moradia havia sido posta como decorrente da privacidade¹².

Desta forma, não se pode negar que o direito em comento visa resguardar a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, além de vários outros direitos positivados em nossa Constituição. Afinal, a casa não é apenas um espaço para pernoitar, mas o recinto do indivíduo, “um espaço íntimo constitucionalmente protegido e que deve ser respeitado na medida em que representa a manifestação da própria personalidade do cidadão” (DUTRA, 2007, p.125)

Diante disso, o sentido constitucional da definição de “casa” deve ser visto de forma mais ampla possível, visando sempre a finalidade da proteção constitucional, que é a

¹² Art. 3º - São direitos e liberdades individuais invioláveis: VII – A privacidade: a) da vida particular e familiar; b) da moradia; nela ninguém poderá penetrar ou permanecer senão com o consentimento do morador ou por determinação judicial, salvo em caso de flagrante delito, ou para acudir vítima de crime ou desastre;

privacidade do indivíduo.

Diverge, pois, do conceito de domicílio fornecido pela lei civilista, segundo o qual é o lugar em que se estabelece residência com ânimo definitivo, conforme dispõe o art. 70 do Código Civil.

Desta forma, para Rogério Lauria Tucci (2011, p. 337) e Hélio Tornaghi (1991, p. 462-463), casa compreende qualquer compartimento habitado, seja individualizado, coletivo, como pensões e quarto de hotel, ou o local de trabalho não aberto ao público, como é o caso de escritórios.

Analisando as definições de casa dadas pelos referidos autores, nota-se que os mesmos tomaram como parâmetro a definição já fornecida pelo Código Penal, ao prever, no delito de violação de domicílio:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: (...) § 4º - A expressão "casa" compreende: I - qualquer compartimento habitado; II - aposento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. (BRASIL, 1941, online)

O mesmo artigo, em seu parágrafo quinto, prevê também que não será domicílio habitação coletiva aberta, como hospedaria, salvo o aposento ocupado, bem como tavernas e casas de jogos.

Leciona Grotti “Se o aspecto principal da sua caracterização é o da exclusividade da ocupação, todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira exclusiva, mesmo sem caráter definitivo ou habitual, também é protegido pelo princípio.” (1993, p. 76).

Assim sendo, pouco importa a aparência, o tamanho ou o tipo de edificação que compõe a casa. A norma constitucional ampara desde a mansão luxuosa até os casebres e barracões mais humildes.

De forma alguma é lícito executar o mandado de busca e apreensão à noite, é a regra estabelecida pela Constituição Federal. No entanto, o conceito de dia e noite é impreciso, e não há definição legal a respeito, ficando a cargo da doutrina defini-los.

Para Tucci (2011, p. 341) e José Afonso da Silva (2010, p. 437) dia compreende o horário entre 6 e 18 horas, período em que a ordem judicial pode ser cumprida.

Em contrapartida, defendem alguns doutrinadores, como Nucci (2014, p. 591) que o horário adequado para executar a diligência é entre o nascer do dia e o anoitecer, em virtude do horário de verão e por haver diferentes horários do nascer e pôr do sol nas diversas regiões do Brasil.

Ambas as definições, entretanto, parecem ser insuficientes para tutelar o sossego do morador. Em sendo o Brasil um país de dimensões continentais, não há, de fato, uniformidade quanto ao momento em que o sol se nasce e se põe, e estabelecer um horário fixo deixa desprotegida cidades, por exemplo, em que 06 horas da manhã ainda não há luz solar, mas poderia ser considerado dia pelo mero critério objetivo.

Por outro lado, deixar livre ao arbítrio do executor analisar se é noite ou dia poderá suscitar dúvidas em relação aos períodos do crepúsculo e da aurora, em que não há totalmente luz solar e tampouco escuridão. A imprecisão poderá motivar uma série de arbitrariedades na execução da medida, não havendo para o cidadão segurança quanto ao momento em que um agente estatal poderá adentrar em seu domicílio e efetuar uma busca.

Tendo em vista que a Carta política é o pilar em que se sustentam as demais normas jurídicas, sendo hierarquicamente superior, e que a norma em comento é restritiva de direitos fundamentais, o legislador ordinário não pode estabelecer outras hipóteses permissivas de violação domiciliar, e a autorização para ingressar no domicílio alheio dependerá de autorização judicial.

Entretanto, questiona Grotti (1993, p. 116) qual a amplitude e alcance da reserva jurisdicional imposta pela Constituição Federal e se ainda seria possível à lei disciplinar o exercício desse direito. Para a referida autora (1993, p. 121), a reserva jurisdicional não exclui leis que visam, em verdade, disciplinar o exercício do poder público, cuja atuação depende de lei, mas a inviolabilidade de domicílio só pode ser excepcionada, de fato, sob a tutela jurisdicional.

Com efeito, o fato de o legislador regular a matéria não conduz necessariamente ao arbítrio, ao contrário, traçando os contornos da decisão judicial, o legislador ordinário fortalece a proteção constitucional, como o faz alguns dispositivos do Código de Processo Penal, ao exigir fundadas razões para a autorização da busca domiciliar, ou especificar as hipóteses em que é possível se proceder à buscas domiciliares. Desta forma, não deixa a medida livre à discricionariedade e conveniência do magistrado.

Além disso, não se pode olvidar que qualquer lei que venha regular a matéria deve passar pelo filtro constitucional estabelecido no art. 5º, inciso XI. Assim, caso a lei venha limitar a proteção da inviolabilidade de domicílio, deve ter a sua constitucionalidade questionada e, conseqüentemente, ser afastada do ordenamento jurídico pátrio.

Diante do exposto, é indiscutível que qualquer diligência invasiva ao domicílio, tal como a busca e apreensão, exige prévia determinação judicial. Assim, passa-se ao exame do que é uma determinação judicial e quais os requisitos que deve ser observado pela autoridade

judiciária ao proferi-la.

3.2 Da motivação das decisões judiciais

A motivação das decisões é o que legitima as decisões judiciais, segundo Luigi Ferrajoli (2002, p. 497).

Mais que uma garantia processual, para Antonio Magalhães Gomes Filho (2001, p.75) a motivação das decisões consubstancia-se em verdadeira garantia política, como justificativa e legitimidade dos atos estatais, visto que uma das características do Estado democrático de direito é a limitação e justificação do poder. Em sua acepção política, a motivação das decisões também é garantia dos direitos fundamentais, lecionando o referido autor (2001, p. 93) que a motivação serve para acompanhar o raciocínio desenvolvido pelo juiz em eventual restrição desses direitos, assim como se efetivamente foram cumpridas as regras do devido processo.

Deste modo, a motivação das decisões judiciais é princípio constitucional que disciplina o processo penal e funciona também como garantia às partes, impedindo que o magistrado julgue ao livre arbítrio, viabilizando o controle judicial do seu ato, ao possibilitar que os juízes de instância superior revise a (in) justiça da decisão. Em última análise, por meio dessa garantia, assegura-se o cumprimento de outros princípios e direitos fundamentais, como a imparcialidade do juiz, o duplo grau de jurisdição e o contraditório, vinculando o magistrado a observá-los na análise do caso concreto.

Em síntese, o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e, principalmente, de limite ao poder, e nisso reside o núcleo da garantia. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 1099)

Trata-se de ato processual em que o juiz vai expor a sua interpretação da lei, aplicando-a ao caso concreto, apresentando os motivos fáticos e jurídicos da sua decisão. Além de destinar-se à sociedade, para justificar o ato estatal, busca-se persuadir as partes, sobretudo a parte vencida, de que aplicou a norma da forma mais justa à lide.

Antes mesmo de a Constituição Federal de 1988 exigir a fundamentação das decisões judiciais, o Código de Processo Penal já previa, em seu art. 381, os requisitos da sentença, dentre as quais “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

No âmbito constitucional brasileiro, a Carta Magna de 1988 foi a precursora da obrigatoriedade de que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário devem ser motivadas, ao

prescrever em seu art. 93, inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)” (BRASIL, 1988, online).

Saliente-se que a norma em comento fora objeto de alteração, com redação dada pela emenda constitucional nº 45, de 2004. Entretanto, nada fora alterado ou acrescentado no que concerne à motivação das decisões, a qual tem a mesma escrita da publicação original da Constituição, em 1988. A referida emenda apenas inseriu os casos em que a publicidade dos atos processuais pode ser limitada¹³.

Para melhor compreensão do princípio em comento, faz-se necessário entender os tipos de atos jurisdicionais penais e quais exigem fundamentação.

3.2.1 Os atos jurisdicionais

Segundo analisa Aury Lopes Junior (2014, p. 1115), tradicionalmente a doutrina classifica os atos judiciais em despachos de mero expediente e decisões, sendo estas últimas divididas em interlocutórias simples, interlocutórias mistas e sentenças.

Os despachos de mero expediente, segundo Lopes Junior (2014, p. 1115), são atos que organizam o processo, sem cunho decisório e que não causam prejuízo à acusação ou à defesa.

As sentenças, a seu turno, também podem ser subdivididas em condenatórias, absolutórias ou terminativas. Esta última põe fim ao processo sem analisar o mérito, como a sentença que reconhece a extinção da punibilidade, enquanto a primeira condena o réu a uma pena prevista em lei, correspondente à prática de um delito, analisando aspectos fáticos e de direito.

Em um primeiro momento, deve o Juiz mostrar o crime praticado, demonstrando a correlação entre o fato e a norma. Em um segundo momento, as razões da pena aplicada, cuja fixação poderá variar pela culpabilidade, antecedentes do acusado, sua personalidade, dentre outros motivos elencados no art. 59 do Código Penal, além da presença de circunstâncias agravantes, atenuantes, e causas de aumento ou diminuição da pena. Tudo deve estar devidamente fundamentado pelo que apurou-se na instrução criminal, e respaldado na lei.

A sentença absolutória, por sua vez, absolve o réu, reconhecendo uma das hipóteses elencadas no art. 386 do Código de Processo Penal, à exemplo da atipicidade do fato. Mesmo

¹³ A referida emenda adicionou: “em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988, online)

nessas hipóteses, exige-se a fundamentação da decisão judicial.

Com efeito, precisa-se devolver ao titular da ação penal, ao acusado e à própria sociedade o que se apurou no processo, tendo em vista também outros princípios processuais, como a busca da verdade real, o devido processo legal, o duplo grau de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, e principalmente o primado da presunção da inocência, pois até que se prove o contrário, o réu é presumido inocente durante toda a ação penal, cabendo ao julgador explicitar as razões pela qual afasta tal inocência, respaldado nas provas produzidas no processo.

Seguindo a classificação, as decisões podem ser também interlocutórias mistas. São decisões que encerram o processo sem julgamento do mérito, ou finalizam uma etapa do procedimento, como as decisões de pronúncia do tribunal do júri, reconhecendo a possibilidade de o Estado submeter alguém a um tribunal do júri, diante da prova da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria.

Ainda, podem as decisões serem classificadas em interlocutórias simples, cujo teor possui caráter decisório, impondo ônus à parte, conforme leciona Aury Lopes Junior (2014, p. 1115). Entretanto, não entram no mérito da causa e não finalizam uma etapa do procedimento.

Analisando essas classificações, conclui-se que a decisão de busca e apreensão, seja em fase pré-processual ou processual, é classificada como decisão interlocutória simples, visto que não entra no mérito da causa, tampouco finaliza uma etapa do procedimento. Além disso, impõe um gravame à uma das partes, qual seja, a possibilidade de ingresso no domicílio alheio, independentemente de autorização do morador.

Todas essas decisões devem estar fundamentadas, à exceção, é claro, dos despachos, os quais sequer são decisões, por isso prescindem de motivação. A Constituição não deixa dúvidas de que a validade de qualquer decisão, seja sentença ou não, exige a devida fundamentação, o que é corroborado pela doutrina.¹⁴

3.2.2 Dos vícios e requisitos da motivação

Antes mesmo de analisar os pressupostos de uma decisão motivada, deve-se ponderar que a ausência de motivação, certamente, constitui grave vício, apto a macular a decisão. A motivação aparente, segundo Antonio Magalhães filho, constitui de igual modo fundamentação inexistente, razão pela qual viola o preceito de uma decisão fundamentada,

¹⁴ Nesse sentido, Aury Lopes Junior (2014, p. 1116) e Rogério Lauria Tucci (2011, p. 206-207).

uma vez que não aprofunda a análise dos elementos fáticos apresentados no caso.

(...) basta lembrar as fórmulas pré-fabricadas, em que o juiz reproduz afirmações genéricas e vazias de conteúdo, que podem ser aplicadas de modo indiscriminado a uma série de situações, independentemente da efetiva análise dos elementos concretos que se apresentam no caso decidido (...) (MAGALHÃES FILHO, 2001. P. 186)

Outrossim, a motivação incompleta constitui outra hipótese de vício de motivação. De acordo com Antonio Magalhães Filho (2001, p. 187), a estrutura de cada tipo de provimento irá indicar quais questões o juiz deve obrigatoriamente enfrentar, estrutura essa que é determinada pela própria lei ao disciplinar o objeto da decisão. Será incompleta a motivação que não justifique as variadas escolhas necessárias para se chegar à conclusão, segundo as características estruturais exigidas no provimento.

Além disso, em hipótese alguma a decisão poderá estar respaldada em elementos obtidos por meios ilícitos. Isto porque o art. 5º, inciso LVI da Lei Fundamental consagrou o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, elevado ao patamar de garantia individual, cujo enunciado também foi acrescentado ao Código de Processo Penal, em seu art. 157.

Tradicionalmente a doutrina entende que as provas obtidas por meios ilícitos, em sentido estrito, são aquelas que violam normas de direito material ou princípios, frequentemente para a proteção das liberdades públicas, segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 157-158), como são as provas obtidas em desrespeito à inviolabilidade de domicílio. A consequência das provas obtidas por meios ilícitos ficou a cargo do Código de Processo Penal, com a reforma de 2008, prescrevendo que estas devem ser desentranhadas do processo¹⁵.

O CPP também consagrou a teoria dos frutos da árvore envenenada, inadmitindo as provas derivadas das ilícitas¹⁶, pois também contaminam o processo.

O presente estudo não visa esgotar e aprofundar este princípio, pois apenas o caso concreto poderá demonstrar qual norma foi violada na obtenção da prova. O que se objetiva é analisá-lo em seu aspecto valorativo e influenciador das decisões judiciais.

Portanto, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos também propaga efeitos nas decisões judiciais, não podendo ser utilizada como fundamento em qualquer

¹⁵ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (BRASIL, 1988, online)

¹⁶ § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (BRASIL, 1988, online).

decisão judicial, o que é corroborado por Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 170).

Não se pode ignorar, além do mais, o subjetivismo que faz parte do julgador e que dele não consegue se desvencilhar. É fato que o juiz, enquanto ser humano, possui sentimentos e julga sem ignorar a sua sensibilidade.

Como observa Aury Lopes Junior (2014, p. 1108) o juiz é um “ser-no-mundo”, e a interpretação da norma penal resulta de uma complexidade de fatores, não há um ponto zero de compreensão, diante dos preconceitos e subjetivismo que fazem parte do ser humano e concorrem no ato de julgar.

Pelos interesses em jogo, há sempre um certo subjetivismo no julgamento, e a sensibilidade do juiz não é, necessariamente um aspecto negativo, pois humaniza a atividade jurisdicional, consoante pondera Marmelstein (2009, p. 360-361).

De acordo com Aury Lopes Junior (2014, p. 1111-1112) não se pode negar a subjetividade, mas não se pode cair no decisionismo, no qual é lícito ao juiz julgar como bem entender. Segundo Luigi Ferrajoli (2002, p.434-435), o decisionismo é um modelo orientado pela busca de verdades abrangentes, fundadas principalmente em valorações, discricionária, no qual o caráter avaliativo exige juízos de valor incontestáveis pela defesa.

Não se pode admitir que o juiz julgue ao seu bel-prazer, devendo haver parâmetros objetivos a fim de nortear o julgador, para que a decisão possa ser tomada de forma honesta e objetiva.

O sistema de administração da justiça não pode depender, exclusivamente, da consciência ou da bondade do julgador. Daí a importância dos limites do espaço decisório (interpretativo), que vem dado pela estrita observância das regras do devido processo penal e de toda a principiologia constitucional aplicável ao julgador criminal. A decisão tem que ser construída no processo penal, em contraditório, e demarcada pelo limite da legalidade (leia-se, respeito às regras do jogo). Não pode ser apenas um “decido conforme a minha consciência”. Isso seria perfilar-se na superada dimensão da filosofia da consciência e avalizar um perigosíssimo e ilegal decisionismo. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 1113)

Segundo o referido autor (2014, p. 1111-1112), é na hermenêutica constitucional que se encontrará os instrumentos para realizar uma filtragem à luz da Constituição, e que nem sempre será satisfatória, de bom agrado.

Diante desse raciocínio, a motivação das decisões judiciais exige a observância de todos os preceitos constitucionais e legais na arte de julgar, implicando na vedação de julgamentos arbitrários, segundo o alvitre do julgador. Em síntese, para que se tenha efetivamente uma decisão motivada, o magistrado não pode ter como fundamento seus valores e crenças pessoais. No Estado Democrático de Direito, o juiz não pode julgar segundo

a sua conveniência ou conforme o entendimento do senso comum, pois a sua atuação é jurídica e não política.

Como ensina Marmelstein (2009, p. 360), não se pode admitir decisões sem base racional, devendo a justificativa do julgamento ser guiada pelos parâmetros do ordenamento jurídico, especialmente pelos valores constitucionais.

De acordo com Antonio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 85) às decisões judiciais não basta a sua conformidade com a lei, pois a atuação concreta do direito para solucionar conflitos não é automática, exigindo-se dos juízes não apenas a escolha da regra, mas também a sua interpretação e harmonia com os preceitos da lei fundamental.

À vista disso, o requisito basilar para uma decisão legitimamente motivada é a racionalidade, cuja essência implica na ausência de contradições, na correlação entre o fato e o direito, e na ausência de discricionariedade apoiada em convicções pessoais, devendo-se observar, ainda, para além da mera subsunção da norma ao caso concreto, os princípios gerais do direito e os direitos fundamentais eleitos na Constituição.

Entretanto, não se pode ignorar que na decisão e fundamentação de determinado caso muitas vezes o juiz se depara com situações de colisão entre princípios e direitos constitucionais, exigindo-se a eleição de um sobre o outro. Da mesma forma, o julgador não está livre para escolher, devendo orientar-se em um processo hermenêutico pautado em princípios constitucionais de interpretação.

3.3 Princípio da proporcionalidade

A Constituição é uma verdadeira carta política, formada por direitos e garantias de diversas ideologias, próprias de um estado democrático de direito. Assim, buscou sintetizar e compatibilizar normas que muitas vezes são aparentemente contraditórias e conflitantes, na tentativa de conciliar diversos valores alçados ao patamar constitucional.

Com a superação da máxima do império da lei, os valores são positivados no ordenamento jurídico por meio de princípios, mas que são abstratos e por isso podem ser conflitantes na análise de determinado caso. Segundo George Marmelstein (2009, p. 369-370), essa colisão resulta da natureza principiológica dos direitos fundamentais, significando, portanto, que não são direitos absolutos, sendo plenamente possível a sua restrição.

Assim, o princípio da proporcionalidade é um mecanismo encontrado pelo direito para sopesar direitos fundamentais conflitantes, de forma coerente e racional, impondo limites ao subjetivismo na realização da ponderação valorativa, que não poderá ser feita de forma

abusiva.

Nesse sentido, é conhecido como proibição do excesso, em seu viés negativo. Todavia, não se pode olvidar do seu aspecto positivo¹⁷, o qual será oportunamente abordado no próximo tópico.

A despeito de não estar expressamente previsto na Constituição, é reconhecido pela doutrina e jurisprudência como princípio implícito do ordenamento jurídico pátrio brasileiro, pontificando Paulo Bonavides (2006, p. 436) se tratar de direito positivo, com força cogente, encontrando o seu fundamento no parágrafo segundo, art. 5º, da Constituição Federal, segundo o qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios adotados por ela, entendimento compartilhado por Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 79).

Para Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 44), a seu turno, a proporcionalidade decorre não de dispositivos constitucionais, mas da estrutura dos direitos fundamentais, por uma questão lógica, vez que se tratam de princípios.

Paulo Bonavides (2006, p. 400-401) assevera, ainda, que a sua observância decorre da natureza e essência do Estado de Direito, em que os juízes fazem o controle da aplicação das normas e da constitucionalidade da lei, preponderando o princípio da constitucionalidade sobre o princípio da legalidade. Ademais, para Ingo Sarlet (2013, p. 203), é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

De toda forma, ao adotar princípios, objetivos e direitos conflitantes no âmbito constitucional, é lógica a necessidade de um princípio regulador, devendo, por isso mesmo, ser reconhecido como princípio constitucional implícito, pois apenas a própria Constituição tem legitimidade para restringir os direitos fundamentais que assegura em seu corpo normativo.

Deste modo, o princípio da proporcionalidade volta-se para os juízes, para a realização do controle de constitucionalidade das leis, e como método interpretativo, possuindo função conciliatória entre bens jurídicos. Assim, ao passo que autoriza a restrição de direitos e liberdades individuais, proíbe-se o excesso no refreamento desses direitos.

Esse princípio também possui importância diante da dupla dimensão dos direitos fundamentais. Segundo Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 82) esse duplo caráter resulta da percepção de que é necessário harmonizar os interesses individuais, coletivos e os interesses públicos, o qual apenas podem ser melhor atendidos se harmonizados, pois o

¹⁷ Chamado de princípio da proibição da proteção deficiente ou insuficiente.

excessivo favorecimento de um direito em detrimento de outro é um desserviço para a consagração dos interesses.

Portanto, conforme pondera Paulo Bonavides (2006, p. 425- 426), o princípio da proporcionalidade é apropriado instrumento de interpretação em caso de antagonismo entre direitos fundamentais, voltando-se à justiça do caso concreto, sendo eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais, ao refletir o caso segundo os seus prós e contras, avaliando se não houve excessos na relação entre meios e fins.

Segundo leciona Virgílio Afonso da Silva:

(...) empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. (...) (SILVA, 2002, p. 24)

Para tanto, devem ser analisados, de forma sucessiva, os critérios apresentados pela proporcionalidade: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, dimensões que orientam o julgador na aplicação desse princípio. Por ter o condão de restringir direitos fundamentais, esse princípio deve ser analisado da forma mais objetiva possível, como forma de não afastar a lei e as normas constitucionais sobre qualquer pretexto.

Adverte Silva (2002, p. 34) que a correta aplicação desse princípio requer a análise desses critérios de forma ordenada, em uma relação subsidiária.

Assim, apenas se considerará a necessidade da medida se a mesma tiver sido previamente considerada adequada, assim como o juízo da proporcionalidade da medida em sentido estrito apenas será realizado se apurada a necessidade da medida. Trata-se de verdadeiros testes, perpassando por três fases, para que se conclua pela proporcionalidade da medida.

Segundo Marmelstein, para saber se a medida é adequada, deve-se perguntar: “o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?” (MARMELSTEIN, 2009, p. 378). A medida apenas será adequada se houver compatibilidade entre meios e fins.

No que se refere ao segundo critério, a medida adotada deve ser apenas aquela indispensável para atingir os resultados esperados, não podendo ir além do estritamente necessário. Trata-se de uma análise comparativa, dentre as várias alternativas possíveis para a medida, devendo ser adotada a menos gravosa e danosa ao direito restringido.

Assim, deve-se questionar: “o meio escolhido foi o “mais suave” ou o menos oneroso

entre as opções existentes?” (MARMELSTEIN, 2009, p. 380). A resposta deve ser positiva para legitimar a medida, pois do contrário haverá excesso no meio escolhido.

Não basta, entretanto, a adequação e necessidade da medida para a sua legitimidade. Deve ser feito um juízo de ponderação, comparando-se, agora, os bens jurídicos em colisão, optando-se pela prevalência de um direito sobre o outro.

Deste modo, indaga-se: “(...) o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar? Em uma análise de custo-benefício, a medida trouxe mais vantagens ou desvantagens?” (MARMELSTEIN, 2009, p. 385).

Esclarece Silva (2002, p. 42) que a reprovação da medida no teste da proporcionalidade em sentido estrito não requer ofensa ao núcleo essencial de um direito fundamental, bastando que os motivos não tenham peso suficiente para justificar a restrição do direito.

George Marmelstein (2009, p. 405) assevera que o judiciário, no sopesamento de conflitos, poderá atingir o núcleo essencial da norma, na medida em que afastará por completo um dado direito em face de outro. Em sentido contrário, Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 88) e J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 269) defendem que as medidas restritivas dos direitos fundamentais não podem atingir o conteúdo essencial do direito.

Portanto, o princípio da proporcionalidade consubstancia-se em verdadeira ponderação de interesses e de valores. A despeito da ausência de hierarquia entre direitos fundamentais, ao aplica-lo, sobretudo no seu terceiro critério, o juiz fatalmente estará escolhendo um direito em face de outro.

Essa escolha, consoante Marmelstein (2009, p. 399), é estabelecida no caso concreto, o qual avaliará, conforme as peculiaridades da situação, qual direito será mais importante que o outro.

À vista disso, o princípio da proporcionalidade é o responsável por determinar os limites máximos da restrição dos direitos fundamentais, proibindo-se abusos estatais, em conformidade com os fins do Estado Democrático de Direito. Todavia, não estabelece apenas balizas máximas, impondo também os limites mínimos de salvaguarda dos direitos fundamentais, cuja proteção não poderá ser insuficiente.

3.4 Princípio da proibição da proteção deficiente

Se de um lado é possível invocar o princípio da proporcionalidade quando há excesso

na atuação estatal, em outro aspecto, possibilita convocar o Estado para agir quando deve.

Segundo Canotilho (2003, p. 273), há um defeito de proteção quando as entidades incumbidas de tais encargos adotam medidas insuficientes para garantir a proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. O Estado deve exercer medidas suficientes de natureza normativa ou material, que possam proteger os direitos fundamentais de forma eficaz.

Com efeito, costuma-se recordar apenas das prestações negativas do Estado, em favor da liberdade dos indivíduos, em virtude de a primeira geração dos direitos fundamentais ter reconhecido prerrogativas contra os abusos estatais, cujo regime era absolutista. Entretanto, na contemporaneidade, o Estado assume em sua Carta Política várias obrigações de salvaguarda dos interesses individuais e coletivos, exigindo-se de sua parte atuação efetiva, e não mais mera abstenção, devendo ponderar os seus encargos para não deixar a sociedade desprotegida da custódia estatal, inclusive de atos praticados pelos indivíduos que a compõe.

Nessa perspectiva, Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p.64-65) destaca, como fio condutor da análise desse princípio, a necessidade de se superar a era dos extremos, que caracterizou o século XX, combatendo-se tanto o abolicionismo quanto a tolerância zero.

Assim, doutrina e jurisprudência têm reconhecido como outro aspecto do princípio da proporcionalidade a proibição da proteção deficiente. Enquanto o primeiro exige um não fazer por parte do Estado, o segundo exige prestações positiva de sua parte.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 27) apesar de utilizado predominantemente como instrumento de controle contra os excessos estatais, a proporcionalidade também vem ganhando espaço para a finalidade oposta, servindo contra a omissão e ação insuficiente do Estado.

De igual modo, leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p.203) que este princípio serve tanto como controle de legitimidade para as medidas restritivas de direitos fundamentais, como das omissões e atuações insuficientes do Estado no cumprimento de seus deveres.

Os direitos fundamentais, segundo o referido autor, também são deveres de proteção, implicando em uma atuação positiva do Estado, intervindo preventivamente e repressivamente, inclusive contra agressões de particulares. “Em suma, desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violação ao princípio em apreço e, portanto, antijuricidade” (SARLET, 2013, p. 203)

Além disso, conforme pondera Lênio Streck (2005, p. 176-177), no Estado Democrático de Direito o papel assumido pelo Estado e pelo Direito no âmbito penal reclama também um garantismo positivo, avaliando o dever de proteção de determinados direitos

fundamentais através do direito penal, e quando o legislador não realiza essa proteção pela via penalista, é cabível a utilização a cláusula da “proibição da proteção deficiente”.

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador. (STRECK, 2005, p. 180)

Esse princípio faz questionar o que o Estado efetivamente protege e como o faz, o que conduz inevitavelmente ao Direito Penal. A intervenção do Estado pode se dar de muitas maneiras a fim de garantir a manutenção da coesão social, como o recurso às penas administrativas de natureza pecuniária, mas apenas nas situações mais graves, em que os outros ramos do direito se mostraram insuficiente, poderá se utilizar do direito penal.

Deste modo, o direito penal é um dos instrumentos à disposição do Estado – e o mais grave – para proteger os direitos fundamentais, ao reconhecê-los como bens jurídicos, cominando uma pena àqueles que os violem. Segundo Ingo Sarlet (2004, p. 95), tomando-se por base a Alemanha, foi justamente na seara jurídico-penal que a teoria dos deveres de proteção encontrou receptividade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.

Por conseguinte, esse princípio tem aplicação sobretudo no direito penal, podendo ser invocado para se buscar tutela penal mais efetiva.

Entretanto, esse princípio encontra seus limites na legalidade, princípio fundamental do direito penal, não podendo ser subterfúgio para que juízes se esquivem do disposto na lei. Assim sendo, à título ilustrativo, o Juiz não pode criar um delito para proteger os interesses das pessoas, tampouco pode deixar de aplicar um benefício penal ou processual por deixar a sociedade desamparada. Mesmo com os atuais problemas de segurança enfrentados pelo país, os quais pressionam os juízes a buscar maior efetividade ao direito penal, a atuação judiciária deve estar pautada na lei e na Carta Magna.

3.5 Direito à segurança

Ao se falar de direitos e garantias fundamentais, tradicionalmente se recorda dos direitos numerados nos incisos do art. 5º da Constituição Federal, esquecendo-se que o caput

também reconhece outras garantias.

Uma dessas garantias é a inviolabilidade do direito à segurança, ao dispor: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (BRASIL, 1988, online).

E não é o art. 5º a única norma constitucional a prever a segurança como direito, tendo o art. 6º a reconhecido como direito social. Além disso, o art. 144 também dispõe que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, para a preservação da ordem pública, incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Ressalte-se, ainda, que o parágrafo primeiro, inciso III do art. 91, prescreve como competência do Conselho de Defesa Nacional propor critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional, e o preâmbulo constitucional aduz que o Estado Democrático destina-se a assegurar, além de outros direitos, a segurança.

Ademais, muito antes da Constituição Federal de 1988, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão 1793 já a reconhecia como direito natural e imprescritível.¹⁸

Percebe-se, assim, que a Constituição ora fala apenas de segurança, ora de segurança pública, fazendo-se necessário analisar a exegese de cada norma, com suas devidas distinções¹⁹.

Segundo José Afonso da Silva (2014, p. 487) em primeiro plano, a segurança possui um duplo sentido: segurança do direito e segurança jurídica. Na primeira acepção, deve-se compreender a positividade do direito.

Entretanto, acrescenta o referido autor (2014, p. 487-488), essa positividade deve ser harmonizada com o valor do justo, posto que a Constituição visa assegurar a dignidade da pessoa humana, lembrando o jurista que nem sempre direito seguro significa direito justo, como fora o caso do regime nazifascista. Além disso, direito seguro só será legítimo quando o seja para todos, e não apenas para uma classe dominante, devendo ser igual e proporcional para as classes menos favorecidas.

No que concerne à segurança jurídica, José Afonso da Silva (2014, p. 489) entende que a Constituição reconhece quatro tipos de segurança, quais sejam, segurança como

¹⁸ I – O fim da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis. II – Estes direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade.

¹⁹ Diante do que se propõe o presente trabalho, o inciso III, parágrafo primeiro do art. 91 e o preâmbulo constitucional não serão examinados de forma pormenorizada, visto que a primeira norma não se trata de um direito propriamente dito, além disso, refere-se à defesa do território nacional, não tendo relação com o objeto desta pesquisa. O preâmbulo, por sua vez, não tem força normativa, conforme reconhece a doutrina majoritária e o Supremo Tribunal Federal (ADI 2.076, rel. min. Carlos Velloso, j. 15-8-2002, P, *DJ* de 8-8-2003).

garantia, como proteção dos direitos subjetivos, como direito social e segurança por meio do direito.

Ao tratar do caput do art. 5º, o autor (2014, p. 489) reconhece o direito à segurança como garantia, destinada à aparelhar proibições e procedimentos a fim de assegurar o exercício de algum direito fundamental individual.

É o caso da própria inviolabilidade de domicílio e das comunicações pessoais, assegurando-a contra invasões abusivas de autoridades estatais, assim como violações efetuadas por particulares.

Na proteção dos direitos subjetivos, José Afonso da Silva (2014, p. 491) entende por assegurar que as relações constituídas em conformidade com uma dada norma terá seus efeitos garantidos, ainda que tal norma venha a ser substituída.

É o que garante expressamente a Constituição como direito fundamental, no inciso XXXVI do seu art. 5º, ao enunciar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. (BRASIL, 1988, online).

De igual modo, Lourivaldo da Conceição (2016, p. 451-452) refere-se ao direito de segurança como segurança jurídica, conferindo certeza nas relações sociais, e possuindo três dimensões: a segurança jurídica com relação de poder, garantindo-se o direito de participação política aos indivíduos e normas que limitam o exercício do poder pelos seus detentores; a segurança jurídica em relação ao próprio direito, conferindo certeza nas normas que regem a vida social; por último, segurança jurídica com relação à própria sociedade, relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Para o referido autor (2016, p. 453-454), o direito à segurança possui duas dimensões, sendo ao mesmo tempo direito à proteção e à defesa. Esta última dimensão, segundo Lourivaldo da Conceição (2016, p. 457), trata-se da defesa dos indivíduos perante o Estado, garantindo-se a inviolabilidade dos direitos à vida, a liberdade, dentre outros, contra todas as formas arbitrárias de repressão estatal.

Desta forma, o direito à segurança em sua vertente de defesa é consubstanciado nas garantias criminais, tais como o princípio da legalidade do delito e da pena, o princípio da presunção de inocência, princípio da legalidade da prisão, princípio do júri, individualização da pena, e outras garantias processuais gerais, como o princípio da isonomia, do devido processo legal, da motivação das decisões judiciais e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Por outro lado, em sua dimensão de proteção, Lourivaldo da Conceição (2016, p. 454) assevera tratar-se do direito à segurança pública, conceituando-a como instituição cuja

finalidade é preservar a ordem pública e, assim, garantir a inviolabilidade dos direitos individuais contra violações por membros da própria sociedade.

Retornando ao pensamento de José Afonso da Silva (2014, p. 496), a segurança por meio do direito divide-se em: segurança do Estado, contra invasões, para defesa da soberania nacional e das instituições democráticas; e segurança pessoal, da manutenção da ordem pública contra condutas delituosas. Essa segurança pessoal compreende a segurança pública e a segurança em matéria penal, sendo esta efetivada por meio das garantias penais individuais, limitando a atuação estatal, como é o caso da legalidade e anterioridade da lei.

Conforme já mencionado, a segurança pública está expressa no art. 144 da Carta Magna, mas não enquanto direito fundamental expresso, e sim no título da defesa do Estado e das instituições democráticas. José Afonso da Silva assim a conceitua:

A segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. Na sua dinâmica, é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas. (SILVA, 2014, p. 498)

A segurança como direito social, por sua vez, encontra-se prevista no caput do art. 6º da CF, e trata-se da seguridade social²⁰. A própria Constituição Federal, em seu art. 194, conceitua a seguridade social como um “(...) conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988, online).

É, pois, uma segurança à saúde dos indivíduos, à velhice e ao amparo em situações especiais, tais como o desemprego e a maternidade, e àqueles que necessitam de amparo específico, como os portadores de deficiência e idosos que não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Cláudio Pereira de Souza Neto (2013, p. 231) aduz que segurança significa estabilidade, previsibilidade e redução de riscos. Em relação à estabilidade, garante-se por meio do direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, de forma que as soluções adotadas pelo Estado apenas podem ser modificadas em situações excepcionais. A previsibilidade, a seu turno, é garantida principalmente pela legalidade, prevendo-se a atuação estatal.

No que concerne à redução de riscos, segundo Cláudio de Souza Neto (2013, p. 231), manifesta-se como segurança pública e, em sua dimensão social, a redução de riscos,

²⁰ Nesse sentido: José Afonso da Silva (2007, p. 287), (2014, p. 495) e Lourivaldo da Conceição (2016, p. 534).

permitindo que os indivíduos superem as intempéries, por meio do sistema formado pela saúde, assistência e previdência social.

À vista de tudo o que foi exposto, percebe-se que o conceito do direito à segurança possui múltiplos sentidos ao longo do texto constitucional, variando conforme o contexto que esteja inserido. É nesse sentido que conclui Silva (2007, p. 777) ao discorrer que “segurança” possui vários sentidos dependendo do adjetivo que a qualifica. A segurança jurídica é a garantia da estabilidade e certeza das relações jurídicas, a segurança social a garantia de meios para que os indivíduos e sua família vivam em condições dignas, tendo a Constituição optado pelo termo “seguridade social” enquanto a segurança pública é a manutenção da ordem pública.

Em síntese, pode-se concluir que o caput do art. 5º garante a segurança jurídica, da existência de um direito positivo e da estabilidade dos direitos e garantias constitucionais. É também a garantia máxima que salvaguarda as outras garantias constitucionais que visam tutelar a liberdade, dando-lhe consistência para que esses direitos não sejam ceifados, ou alterados de qualquer forma, sob qualquer pretexto.

Desta forma, em última análise, o direito de segurança é verdadeira proteção às garantias constitucionais insculpidas no art. 5º da Constituição Federal, como a inviolabilidade de domicílio e a motivação das decisões judiciais.

Enquanto direito social, por sua vez, traduz-se na ideia de seguridade social, formado pelo tripé previdência social, saúde e assistência social.

O sentido constitucional de segurança pública, por outro lado, é garantir a salubridade e a ordem pública contra atos dos próprios particulares, de forma a evitar perturbações ou repará-las, o que é realizado mediante órgãos públicos constitucionalmente previstos, como a polícia de segurança, que atua preventivamente para evitar a ocorrência de delitos, e a judiciária, que atua na apuração de infrações penais, dando ao órgão acusatório supedâneo à persecução penal. Enquanto a sua primeira acepção é voltada aos indivíduos, aqui o seu sentido normativo é voltado ao interesse público.

3.6 Supremacia do interesse público

Com fundamento nesse interesse público, muitas diligências no âmbito criminal têm sido defendidas e legitimadas, inclusive algumas bastante controversas na doutrina e jurisprudência, invocando-se um predominante interesse coletivo apto a restringir direitos fundamentais.

A administração pública tem como um dos seus pilares norteadores a supremacia do interesse público que, em apertada síntese, significa a sobreposição das necessidades coletivas em face dos interesses particulares.

Esse princípio compõe o regime jurídico administrativo e, a despeito de ter sua incidência voltada para o direito administrativista, merece estudo analítico no confronto dos interesses públicos e individuais. Além disso, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 96) é princípio geral do direito e pressuposto do convívio em sociedade.

Adverte Hely Lopes Meirelles (2012, p. 108) que o interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal, em razão do Estado se fundamentar na busca do interesse geral.

Não obstante a ausência de previsão expressa no corpo constitucional, é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, sendo tratado como princípio implícito constitucional e, além disso, está incorporado em várias disposições constitucionais, em que se prestigia o interesse público, como é o caso da possibilidade de desapropriação e requisição administrativa, previstas, no art. 5º, incisos XXIV e XXV, respectivamente, da Constituição Federal.

Por meio desse princípio, a administração pública possui várias prerrogativas, como prazos processuais diferentes, o poder de autoexecutoriedade de seus atos, a autotutela, que viabiliza a revisão dos seus atos eivados de ilegalidade ou inconveniência.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 34), as relações sociais ensejam, em dados momentos, conflito entre o interesse público e o privado, e, ocorrendo esse conflito, deverá prevalecer o interesse público. Em sentido oposto, Ingo Sarlet (2004, p. 87) compartilha do entendimento da inexistência de uma supremacia do interesse público sobre o privado.

De qualquer forma, não se trata de uma carta aberta para que os agentes públicos possam fazer o que bem entender, pois a administração pública também tem como um de seus princípios a legalidade, apenas podendo atuar quando a lei o permita. Com efeito, a lei é a própria manifestação do povo, exercida por meio dos seus representantes eleitos, e é quem legitima a atuação do Estado, exercida em prol da coletividade.

Nessa perspectiva, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 97), o princípio em comento apenas tem a extensão que a ordem jurídica lhe houver conferido por meio da Constituição e nas leis com elas consonantes, não podendo ser invocado contra a própria Constituição.

Desta forma, o princípio da supremacia do interesse público tem incidência no direito administrativista, legitimando que medidas sejam tomadas sob o argumento do interesse

público. No entanto, não se trata de princípio absoluto, devendo as normas constitucionais e legais serem devidamente observadas.

3.7 Princípio da igualdade

A doutrina majoritária reconhece o princípio da isonomia também como princípio da igualdade ou, ainda, direito à igualdade²¹. Conforme destaca José Afonso da Silva (2014, p. 466), é valor inerente à ideia de democracia.

O referido princípio destina-se ao legislador, ao aplicador da lei e, em certa medida, tem observância obrigatória entre os indivíduos, na medida em que a própria Constituição preocupou-se em estipular a conduta de racismo como crime²².

Muito antes disso, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1773 já proclamava a igualdade como direito natural e imprescritível, afirmando que todos os homens são iguais²³.

Na Constituição Federal de 1988, o seu fundamento principal está no caput do art. 5º, ao dispor que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Além dele, o art. 3º da Carta Magna prescreve como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e o art. 7º veda uma série de distinções no trato com os trabalhadores.

Trata-se da busca pela igualdade jurídica que, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 212) exprime a igualdade do direito, no sentido de que há um único sistema normativo a ser aplicado aos indivíduos, diferentemente do antigo regime, em que havia um conjunto normativo para o clero, outro à nobreza e, ainda, outro para o terceiro estado.

Além disso, para o referido autor (2012, p. 212-213) exprime a uniformidade de tratamento, implicando em igual tratamento dos iguais e dos casos iguais, e na proibição da discriminação, vedando-se tratamento jurídico pior motivado por características pessoais.

A igualdade perante a lei, em seu sentido literal, significa igualdade formal, nivelando os indivíduos sobre todos os aspectos. É a vedação à vantagens e qualquer privilégio, proibindo-se discriminações de qualquer tipo, seja por orientação sexual, religião, convicções

²¹ Para José Afonso da Silva (2014, p. 693) o princípio da igualdade não se confunde com o direito à igualdade, pois este é direito positivo, ao contrário dos princípios.

²² Art. 5º, inciso XLII – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.” (BRASIL, 1988, online)

²³ II – Estes direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade. III – Todos os homens são iguais por natureza e diante da lei.

filosóficas, cor, enfim, a Constituição buscou ao máximo tutelar os indivíduos contra qualquer forma de preconceito, dando tratamento equânime a todos os seus tutelados.

Para a análise do presente trabalho, cabe ressaltar a vedação de discriminações relativas à origem, raça e cor, expressa como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, no art. 3º da CF. O Brasil é formado pela congregação de pessoas de várias origens, raças e cores, que participaram do processo de colonização e construção do país. Entretanto, contraditoriamente, tem se manifestado uma nação racista e preconceituosa em vários aspectos²⁴.

Segundo José Afonso da Silva (2007, p. 225), o termo raça não é suficientemente claro em virtude da miscigenação, em que a expressão vai perdendo o seu sentido, cor também não era bastante para evitar discriminações, pois dirigida à cor negra, e ambas não abrangem preconceitos relativos à origem da pessoa, como é o caso das discriminações feitas aos nordestinos.

Esse princípio possui, ainda, outra vertente, pois apenas a igualdade formal poderia levar a situações de injustiça. Assim, do ponto de vista material, possibilita tratamento desigual entre indivíduos ou grupos sociais, discriminando pessoas e situações diversas, o que se torna muitas vezes necessário para se garantir o próprio direito à igualdade.

Desta forma, deve-se tratar “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual” (CANOTILHO, 2003, P. 428). Aliás, a própria Constituição Federal prevê alguns tratamentos diferenciados, em conformidade com o seu espírito ideológico e político.

Com efeito, as pessoas nascem em condições socioeconômicas diversas, possuem acesso à educação de forma desigual, exercem profissões que possuem peculiaridades próprias de cada ofício, enfim, são naturais as desigualdades no mundo fático, razão pela qual é plenamente possível o tratamento diferenciado conferido pela lei em conformidade com a Constituição e, em muitas dessas situações, objetiva-se atenuar tais desigualdades, na medida do possível.

²⁴ Em Atlas da violência 2018 (2018, p. 40-41) produzido pelo Ipea e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), baseado em dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, foi constatado que em 2016 a taxa de homicídios de negros foi duas vezes e meia maior que o de não negros, com um percentual de 16% contra 40,2%, e em uma década, entre os anos de 2006 e 2016, a taxa de homicídio de negros aumentou em 23,1%, enquanto que a taxa dos não negros reduziu 6,8%. Além disso, a taxa de homicídio de mulheres negras foi 71% a mais que o de mulheres não negras, e de 5.896 boletins de ocorrência de mortes por intervenções policiais entre os anos de 2015 e 2016, o que é 78% das mortes do período investigado, identificou-se que 76,2% das vítimas eram negras. Ademais, em Retratos (2018, p. 16), a Revista do IBGE, há dados coletados de 2016 em que se apurou que os rendimentos médios entre trabalhadores pretos era de R\$ 1570, enquanto que pardos ganhavam em média R\$ 1606 e brancos R\$ 2814, também sendo maiores as taxas de desocupação, de crianças 5 a 7 anos que trabalhavam e de analfabetismo de negros e pardos se comparadas às taxas dos brancos.

Assim, conclui Celso Antonio Bandeira de Mello (2000, p. 43), para a legitimidade do tratamento desigual dado pela lei, não se pode observar apenas os pressupostos fáticos diversos ou o emprego de fundamento racional, pois não é qualquer fundamento que autoriza desequiparar, mas apenas aqueles orientados em conformidade com os interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Além disso, o referido autor (2000, p.48) defende haver violação à isonomia quando a interpretação da norma extrai dela distinções não professadamente assumidas por ela, ainda que implicitamente.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 214), a seu turno, destaca a necessidade de a diferenciação ser justificada, correspondendo-se diversidade e norma, pelo princípio da correspondência, o qual inclui a adequação, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Por sua vez, leciona J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 428) que a valoração da igualdade deve ser feita em observância à proibição geral do arbítrio, havendo violação sempre que a desigualdade for resultante do mero arbítrio. Trata-se de princípio limitador, que deve estar ligado a um fundamento material, sintetizado da seguinte forma: existe violação à igualdade quando não houver fundamento sério na disciplina jurídica, não tiver sentido legítimo e a diferença for estabelecida sem fundamento razoável, o que acaba por cair em um problema de valoração do que é razoável.

Portanto, qualquer tratamento desigual não autorizado pela Constituição Federal e sem qualquer respaldo aos objetivos constitucionais da República Federativa do Brasil está em desconformidade com a Constituição. São ilegítimas normas ou decisões determinadas de forma arbitrária, injustificada e desarrazoadas, por motivos exclusivamente ideológicos, políticos ou preconceituosos, as quais estarão em descompasso com o ordenamento jurídico pátrio.

4. CASOS PRÁTICOS ENVOLVENDO MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVOS E GENÉRICOS E A SUA COMPATIBILIDADE COM A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Como ponto de partida para a análise dos mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos com o sistema jurídico constitucional, analisa-se algumas decisões envolvendo a diligência objeto deste estudo, tanto favoráveis como contrárias à medida²⁵.

4.1 Processo 6021-94.2018.8.06.0138

Em decisão proferida pela vara única de Pacoti – CE, no dia 01 de fevereiro de 2018, a autoridade judiciária atuante neste juízo expediu mandado de busca e apreensão (ANEXO B), no pedido de nº 6021-94.2018.8.06.0138, à requerimento do Delegado de Polícia.

Segundo narra a decisão (ANEXO A), foi instaurado inquérito policial para apurar a ocorrência de um roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo. No decorrer das investigações, entretanto, constatou-se não se tratar de um “simples” roubo, posto que os supostos autores e patrocinadores do delito seriam integrantes de uma organização criminosa, conhecida como “Comando Vermelho”, atuando na área principalmente com tráfico de drogas e outros delitos, tais como furtos, roubos, homicídios, corrupção de menores e outros correlatos.

O magistrado considerou que a periculosidade dos agentes é manifesta, considerando as informações fornecidas pela delegacia, pelo Promotor de Justiça, e por depoimentos de vítimas e testemunhas em autos de inquéritos policiais e ações penais em curso envolvendo terceiros, mas que apontam a autoria ou participação dos indivíduos envolvidos no roubo que deu início à persecução penal. Assim, essas questões evidenciam a necessidade de atuação mais energética do Estado, reforçando a necessidade das medidas postuladas, quais sejam, prisão temporária, busca e apreensão de adolescente e domiciliar.

A respeito da busca e apreensão domiciliar, sustenta o magistrado (ANEXO A) a possibilidade de ingresso no domicílio por meio de autorização judicial, aduzindo que o

²⁵ Além dos casos analisados neste trabalho, destaca-se outras operações policiais envolvendo mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos. No Ceará, também ocorreu na cidade de Caucaia, em 2017, segundo informações do jornal G1, e em vários bairros periféricos de Fortaleza, sendo elas a operação “nômade”, em 2014, dividida em 5 (cinco) etapas, analisada no trabalho de Ana Giselle Parente Rebouças, intitulado “Crítica ao estado de exceção por meio do uso sistemático dos mandados de busca e apreensão coletivos como política de (in)justiça e de (in)segurança pública”. Além desta operação, registrou-se em 2017 as operações identificadas como “curral encantado”, no bairro Vicent Pinzon, conforme noticiou o jornal O povo, e “justa”, na comunidade do Dendê, conforme dados fornecidos pelo jornal G1/CE.

próprio constituinte realizou uma ponderação de interesses quando evidenciado o interesse público, argumentando que em eventual conflito entre as normas constitucionais deve o interesse particular ceder frente ao interesse público ou da coletividade, segundo entendem os Tribunais Superiores. O juízo considerou que esse interesse público, no caso em questão, corresponde ao coletivo, diante do bem tutelado pela lei de drogas, crimes de vitimização difusa, contribuindo para a ocorrência de outros delitos, possibilitando apreender objetos do crime, substâncias, e a própria prisão em flagrante dos envolvidos.

A autoridade judiciária entendeu presente o *fumus comissi delicti*, pela documentação acostada nos autos, revelando-se imperiosa a medida para resguardar a saúde pública e a coletividade em geral, reconhecendo também o *periculum in mora*, visto que os integrantes da organização criminosa poderão se desfazer dos objetos ou continuar com a mercancia.

No deslinde da controvérsia, transcreveu como fundamento da decisão trechos do parecer proferido pelo Ministério Público Estadual. O *parquet* manifesta que as vítimas reconheceram os suspeitos, e uma testemunha havia afirmado que os mesmos estavam vendendo armas. Assim, recomendou a expedição de mandados de busca e apreensão domiciliar, para possibilitar encontrar objetos roubados das vítimas, documentos, armas, munição, e outros instrumentos da ação dos assaltantes, facilitando a descoberta da autoria dos roubos que vem sendo praticados na cidade. Além disso, o órgão acusatório sustenta ser previsível que se mantenham drogas e armas guardadas na casa de vizinhos, impondo a estes que as guardem em seus imóveis, razão pela qual acredita ser necessário a expedição da diligência não somente para os imóveis alvos, em que moram os suspeitos, mas também aos imóveis vizinhos de cada lado e em frente, sugerindo que seja realizado em dois imóveis da lateral e frontal referente à residência alvo.

Desta forma, o magistrado acolheu o pedido de extensão da diligência pleiteado pelo Ministério Público às residências vizinhas, considerando a ordenação da organização criminosa investigada, cuja estrutura, segundo a decisão, faz uso de outros endereços para guardar substâncias ilícitas e armas de fogo, envolvendo terceiros de forma voluntária ou sob coação.

Assim, no mandado (ANEXO B), o juiz autorizou a busca e apreensão na residência de um dos suspeitos, e nas residências e imóveis vizinhos, até o máximo de dois, em cada lado e em frente à aquele principal, a título de extensão. A medida tem por finalidade:

(...) buscar e apreender armas de fogo, munições ou qualquer outro objeto relacionado a fatos delituosos, que ao que consta, se acha aí, e, em seguida, procedam à mais rigorosa busca para o fim declarado, arrombando, se for necessário, as portas dos quartos e demais compartimentos e praticando todos os

atos que julgarem indispensáveis para a efetivação da diligência (...) (ANEXO B)

Pelo que se observa da decisão em análise, autorizou-se por meio de um único mandado buscas e apreensões em diversas casas, tendo precisado apenas a residência alvo da operação, em que mora o suspeito. Trata-se, portanto, de um mandado de busca e apreensão coletivo, na medida em que por meio de uma única ordem autorizou-se que o executor da medida diligenciasse em mais de um domicílio.

Apesar de não ter sido determinado para uma comunidade inteira, a busca e apreensão penal, na forma como regulada pelo CPP, deve ser determinada por meio de um mandado individualizado. É o que se observa da leitura do art. 243, inciso I do Código. Assim, quando a medida é dirigida para mais de uma residência, é coletiva. Com efeito, essa interpretação está em consonância com o art. 5º, inciso XI da CF, ao estabelecer que a casa é o asilo inviolável do indivíduo. Sendo direito individual, deve ser afastado individualmente, analisando-se os pressupostos caso a caso, o que não foi feito pela autoridade judiciária na decisão estudada.

A diligência, cumpriu, no que se refere à casa do suspeito, os requisitos elencados no art. 243, inciso I do CPP, indicando precisamente a casa e o nome do proprietário ou morador, mencionado inclusive a sua alcunha (ANEXO B). No entanto, ao deferir, por extensão, a busca em imóveis vizinhos, até o máximo de dois em casa lado, e na frente da residência alvo, sem precisar o exato endereço, tampouco os nomes dos moradores das referidas residências, deixou de cumprir os requisitos do aludido inciso.

O referido artigo determina, ainda, em seu inciso II, a menção dos motivos e fins da diligência. Os motivos com o qual se funda a decisão, inicialmente, está respaldado em ações penais em curso e inquéritos policiais envolvendo os suspeitos, os quais demonstram estarem associados em organização criminosa. Além disso, no que concerne especificadamente à busca e apreensão, considerou o magistrado a relatividade dos direitos fundamentais, autorizando o afastamento da inviolabilidade de domicílio, de forma que o interesse particular ceda frente ao interesse público e coletivo, no caso, pelo bem jurídico tutelado pela Lei 11.343/2006 (ANEXO A).

A decisão menciona, portanto, os motivos fáticos e jurídicos da diligência. No entanto, deve-se questionar, a despeito da menção do motivo, se a decisão encontra-se efetivamente fundamentada, cumprindo-se o disposto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

A despeito da menção dos motivos, a decisão é precária, pois não os aprofunda. Apesar de ser determinada como cautelar, não havendo que se falar na existência de provas

concretas, deve o magistrado demonstrar os indícios mínimos aptos a justificar a medida invasiva. Deveria ter sido demonstrado que elementos são capazes de demonstrar serem os suspeitos também integrantes de organização criminosa, e não apenas mencionar superficialmente os inquéritos e ações penais em curso.

Além disso, a mera indicação do interesse público não é capaz de afastar os direitos fundamentais. É certo que esses direitos não são absolutos, como bem ponderou o juiz, nem se desconsidera a existência do interesse público no caso. Mas ele não pode ser um parâmetro absoluto, sustentado apenas no bem jurídico protegido pela norma penal.

No que concerne ao objeto, o mandado autorizou que se apreendesse, além de armas e munições, qualquer objeto relacionado a fatos delituosos. O executor, portanto, tem em suas mãos uma verdadeira carta branca que o autoriza chegar na casa do suspeito – e de seus vizinhos – buscando qualquer coisa e apreendendo o que achar conveniente. Não há, desta forma, um limite precisamente determinado do que o executor poderá procurar. Além disso, constata-se que o mandado não leva em consideração um fato específico para a execução da medida.

Para Ana Maria Campos Tôres (2004, p. 128) o mandado deve referir-se a fato criminoso específico, não sendo admitida a generalidade, além do mais, o objeto deve ser especificado.

Apesar de o CPP prever que a busca domiciliar pode ter por objeto colher qualquer elemento de convicção, este dispositivo não pode servir para respaldar a decisão em tela, pois não se refere à fato específico, isso sem falar na questionável constitucionalidade dessa norma. Não há como saber se um determinado artefato refere-se a fato delituoso ou não, apenas observando-se o objeto. Ainda que fosse possível, a medida não pode ser determinada sem considerar fato específico, e se assim for, será decisão indeterminada.

O mandado de busca e apreensão indeterminado ou genérico, nas lições de Dutra (2007, p. 163) é aquele que não traz no seu bojo elementos mínimos aptos a dar certeza do que se busca, levando inevitavelmente a apreensão de objetos desnecessariamente.

O mandado sob análise, portanto, além de coletivo é genérico ou indeterminado. A indeterminação vai de encontro ao disposto no art. 243, inciso II e 240, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal, ao determinar que se mencione o fim da diligência, e ao prescrever quais finalidades deverá o magistrado observar na autorização da medida.

Mais do que isso, constitui clara afronta à motivação das decisões judiciais, pois é a certeza presente no mandado que delimita a atuação do executor, evitando-se abusos e excessos, conforme adverte Dutra (2007, p. 163). Com efeito, esse princípio processual

constitucional tem seu fundamento político e jurídico, possibilitando controlar a decisão judicial contra excessos e, no caso em tela, deveria garantir que o executor não pratique abusos, mas ao contrário, dá legitimidade para que este atue de forma discricionária.

Não se deve desprezar, ainda, as fundadas razões exigidas pela norma processual penal, e que também é exigência para uma decisão fundamentada. Com relação à casa alvo da operação, pelo que aduziu a autoridade judicial, há fundadas razões para a decretação da medida, alicerçada em depoimentos das vítimas e testemunhas conectando o fato investigado, relacionado à um suposto roubo. Por outro lado, quanto às demais residências, a autorização judicial está respaldada em meras suposições.

Isto porque, segundo a decisão, a estrutura dessas organizações criminosas se vale de outras residências para esconder substâncias ilícitas e armas, além de outros objetos utilizados para crimes, seja de forma voluntária ou sob coação. No entanto, nem Ministério Público, tampouco o magistrado menciona elementos informativos que demonstrem a realidade dessa ocorrência. O próprio órgão acusatório menciona tão somente ser “previsível” que os suspeitos escondam objetos criminosos na casa de vizinhos, segundo transcreveu o juiz no ato decisório. (ANEXO A)

A previsibilidade, ou seja, a mera suposição, não pode dar azo para a intervenção no domicílio alheio, sem que haja uma demonstração concreta do que se alega. Não se menciona na decisão, por exemplo, testemunhas que tenham declarado existir objetos do crime em casas vizinhas, ou a existência de ocorrências de ameaças em que se vislumbre estarem os vizinhos coagidos pelos integrantes da organização criminosa, ou qualquer elemento investigativo que aponte a existência de armas ou substâncias ilícitas nas casas adjacentes.

O Juiz, acatando o pleito ministerial, apenas fundamenta-se na estrutura das organizações criminosas, aduzindo que, como se sabe, muitos desses agentes fazem uso de outros endereços. (ANEXO A) Portanto, defere a medida sem que haja sérias suspeitas – sem fundadas razões, portanto, requisito exigido pelo art. 240, parágrafo primeiro do CPP. Se não há fundadas razões, tampouco há de se falar na existência de *fumus comissi delicti*, um dos pressupostos para a decretação da medida cautelar. Se não há razão, falta também, por uma questão lógica, motivação.

Nesse sentido, adverte Ana Maria Campos Tôrres (2004, p. 117) não ser admitido que a mera suposição determine tal violação à intimidade, é preciso a existência de fortes indícios, para que não ocorra uma busca do nada.

Por outro lado, é possível vislumbrar o *periculum in mora* da medida. Conforme pondera Luciano Dutra (2007, p. 64) a demora poderá ocasionar o perecimento da coisa ou

vestígio que se busca para a persecução penal, argumento este com o qual se funda o magistrado.

Ante o exposto, confrontando-se a medida com os dispositivos analisados, percebe-se a sua ilegalidade. A medida foi determinada coletivamente e genericamente, sem observância dos requisitos exigidos pelo art. 243, incisos I e II. Da mesma forma, deixou-se de cumprir o requisito das fundadas razões, imposto pelo art. 240, parágrafo primeiro, além de violar o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais.

4.2 Caso da comunidade do Jacarezinho

Segundo narra a decisão liminar proferida em sede de Habeas Corpus (ANEXO C), em agosto de 2017 houve uma troca de tiros entre policiais e traficantes em uma comunidade, na cidade de Rio de Janeiro – RJ, resultando na morte de um policial. Os delegados de polícia pediram prisão temporária dos suspeitos, bem como busca e apreensão domiciliar generalizada na favela do jacarezinho e outras comunidades adjacentes.

O Ministério Público proferiu parecer aduzindo que as áreas em que se pretendia a diligência eram “relativamente grandes e densamente povoadas”, tendo a juíza decidido nesse sentido, ressaltando os riscos para os moradores da área, no processo de número 0204906-51.2017.8.19.0001, tramitando na 39ª (trigésima nona) vara criminal. No entanto, pela terceira vez, o pedido foi submetido novamente em plantão, e desta vez foi deferido.

Assim, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro impetrou o referido HC alegando que as ações de vingança da morte do policial contabilizam a morte de sete pessoas, dentre elas pessoas que não estavam envolvidas no conflito. Aduz, ainda, que milhares de alunos tiveram aulas suspensas, assim como outros serviços, e que o mandado coletivo constitui coação ilegal. Sustenta, dentre outros argumentos, não haver limites precisamente definidos (temporais, geográficos e de objeto), o que pode dar azo a devassas nas residências e na vida privada dos moradores das comunidades envolvidas.

Conforme se observa da decisão de primeira instância (ANEXO C) determinou-se de modo genérico buscas em determinadas áreas, localizadas em perímetros, compreendidos entre várias ruas.

Segundo a liminar, a decisão de primeiro grau está fundamentada, entre outros argumentos, no desdobramento da operação, cujo desenvolvimento possibilitará a investigação de outros crimes ocorridos, tentativa e homicídio qualificado e associação ao tráfico. Além disso, houveram novos ataques, levando a delegacia a desmembrar o

procedimento original para através desta medida investigar novos delitos.

Dentre outros trechos, conforme a liminar, o juízo de primeiro grau cita como fundamento para a diligência coletiva a insistência em uma interpretação dogmática, o qual ocasionará ruptura do sistema normativo, pela deslegitimação das normas, além disso, refere-se a bicos acidentados localizados nas áreas em que os mandados devem ser cumpridos.

A decisão proferida em segunda instância (ANEXO C) concluiu pela suspensão imediata da decisão, entendendo pela sua ilegalidade e inconstitucionalidade, posto que o CPP impõe a necessidade de determinar a casa objeto da busca. Além disso, fundadas razões não se confunde com “meras suspeitas” pelo fato dos moradores serem similares em suas condições precárias de vida. Deve-se ter elementos de convicção que se possam achar na moradia, mas no caso em tela, sequer há suspeita.

Ademais, entendeu o Desembargador existirem apenas três casos excepcionados pela Constituição para a inviolabilidade domiciliar, e uma delas é a determinação judicial precisamente regulada pela lei, fora delas constitui abuso de autoridade. A decisão rechaçou, ainda o conceito indeterminado de interesse público e de que deve ser garantido aos moradores daquelas comunidades o direito à segurança pública e à liberdade cerceadas pelas organizações criminosas, sustentando que não se pode suprimir direitos a pretexto de garantir outros.

Além de outros argumentos, a decisão também entendeu que o padrão genérico com que se funda essas decisões em favelas, sem lastro probatório suficiente, violam os direitos dos moradores, e somente restará devidamente amparada se descrito o endereço ou moradia em relação a cada uma das pessoas (ANEXO C).

A decisão proferida em segunda instância está em consonância com o que vem sendo analisado até então, e pelo que se confrontou com o primeiro caso analisado. O juízo *a quo*, além de ter autorizado buscas em espaços geograficamente imprecisos e em larga escala, sem especificar as residências objeto da diligência, o fez sem que houvessem fundadas razões para a sua decretação. A diligência foi autorizada justamente para colher elementos investigativos, quando, ao contrário, só poderia ser decretada se já estiverem presentes indícios contundentes demonstrando uma das finalidades do parágrafo primeiro do art. 240 do Código de Processo Penal.

Como pondera Ana Maria Campos Tôrres (2004, p. 118) a busca e apreensão não é o primeiro ato em uma investigação, devendo se anteceder indícios de fatos criminosos e autoria. Determinada antes do inquérito, deve existir conhecimento de relevantes indícios que a justifique.

Observa-se, ademais, mais uma vez, que o argumento do interesse público sobre o privado é utilizado como parâmetro que abstratamente autoriza diligências ilegais para se garantir a segurança pública, tendo o juízo de segundo grau rechaçado esse argumento.

Enfim, pelo que se observa, a decisão reformadora fundamentou-se nas normas traçadas pelo Código de Processo Penal sobre a busca e apreensão, bem como no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, que apenas ressalva a inviolabilidade de domicílio por uma decisão que deve estar pautada nos limites definidos por lei.

4.3 Análise crítica da compatibilidade dos mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos com a ordem jurídica brasileira

Pelo que se constata, diante da análise do CPP e dos casos apresentados, os mandados genéricos e coletivos são claramente uma ofensa à legalidade. O art. 243 do Código de Processo Penal, outrora analisado, impõe que o mandado de busca e apreensão deve indicar o mais precisamente possível a casa em que será realizada a diligência e o nome dos respectivos moradores. Não tem como a medida ser precisa se não especifica o domicílio a ser invadido, apontando que a busca pode ser feita em uma comunidade inteira.

Além do mais, prescreve o referido artigo que o mandado deve mencionar os motivos e fins da diligência. Assim, incumbe à autoridade judiciária explicitar o objeto dessa busca, de forma certa e determinada, com relação à fatos específicos. Do contrário, há grave violação à legalidade. Não se olvide, ainda, da necessidade das fundadas razões para que a medida seja autorizada, conforme determinação do parágrafo primeiro do art. 240 do CPP.

Questão mais complexa é analisar a constitucionalidade da medida. Afinal de contas, a despeito da sua ilegalidade, seria possível que os legisladores, exercendo o seu múnus público e representando diretamente a vontade do povo, reformassem a norma em comento para afastar a necessidade de precisão da casa e dos fins da diligência, legalizando a expedição de mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos expressamente.

A primeira norma a ser confrontada é a inviolabilidade de domicílio. Ao dispor que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, protege-se os indivíduos isoladamente, pela literalidade do art. 5º, inciso XI. É, portanto, direito individual e não coletivo, com o fim precípua de proteger os sujeitos, de modo particular. Está em um rol de garantias individuais, logo o seu afastamento deve ser dado individualmente, caso a caso.

A própria jurisdição estatal recai sobre indivíduos, isoladamente considerados. Assim, como legitimar uma decisão coletiva, voltada para um número indistinto de pessoas? Segundo

Ferrajoli “a função jurisdicional não intervém em casos gerais em função de interesses gerais, mas em casos particulares e precisamente individuais.” (FERRAJOLI, 2002, p. 438)

Decerto, é inquestionável a necessidade de prévia determinação judicial para o ingresso no domicílio alheio, por força do disposto no art. 5º, inciso XI da CF. Entretanto, não é porque a medida cumpriu o requisito da determinação judicial que será impreterivelmente legítima.

A Constituição Federal impôs a necessidade de qualquer determinação judicial ser fundamentada, não sendo diferente a decisão de busca e apreensão, classificada como decisão interlocutória simples, cujo teor impõe gravame ao morador.

A decisão fundamentada não pode ser aparente, sem analisar pormenorizadamente os aspectos fáticos. Fórmulas genéricas, que podem ser aplicadas a qualquer caso, violam a motivação das decisões judiciais. É preciso que a autoridade judicial investigue a presença dos elementos autorizadores da medida, a existência de fundadas razões, indícios de que se encontre naquele domicílio objeto de um crime ou as outras hipóteses previstas no parágrafo primeiro do art. 240 do CPP.

A autoridade judiciária não pode se valer de fórmulas abstratas, fundamentando-se no interesse público e na necessidade de persecução criminal para autorizar medidas de busca e apreensão, e referindo-se simplesmente a jurisprudências e entendimentos doutrinários que podem ser utilizados para qualquer caso, em situações completamente diversas. É preciso chegar ao cerne da questão, refletindo e expondo o direito aplicável ao caso.

Se é necessário fundadas razões para a autorização da diligência examinada, é questionável se um único mandado dirigido a toda uma comunidade consegue examinar a existência de motivos para a invasão domiciliar em todas aquelas residências.

Se uma comunidade possui quarenta casas, por exemplo, a autorização da busca e apreensão domiciliar por meio de um único mandado só pode significar que todos os seus habitantes são gravemente suspeitos, indiscriminadamente. De outro modo, se não significa que todos ali são suspeitos, sendo apenas uma consequência da persecução penal, a autorização coletiva legitima a diligência mesmo nas casas onde não há qualquer suspeita, sem se preocupar em apurar o fato concreto, o que afronta gravemente a motivação das decisões judiciais, posto que ausente razões efetivas para a medida.

Além do mais, se o mandado de busca e apreensão não apresenta todos os requisitos expressamente previstos no 243, a motivação restará incompleta. Isto porque o juiz deve obrigatoriamente seguir a estrutura do provimento quando determinada pela lei, conforme o pensamento de Antonio Magalhaes Gomes Filho, anteriormente já analisado.

Assim sendo, o mandado deve indicar o mais precisamente possível a casa objeto da diligência e os seus motivos e fins, segundo prescreve o art. 243 do CPP. O mandado coletivo, que não especifica cada uma das casas afronta a norma em comento, assim como o genérico, cujo teor autoriza buscas sem precisar razão e fim, autorizando que os executores da medida apreendam tudo que achar necessário.

Mesmo que o art. 243 fosse extirpado do Código de Processo Penal, haverá grave afronta à motivação das decisões judiciais as fundamentações genéricas, sem analisar a existência de elementos concretos para autorizar medidas restritivas de direitos de forma individualizada, pois qualquer diligência limitadora dos direitos fundamentais não pode ser determinada a qualquer pretexto. À fundamentação não escapa a necessidade de analisar o caso de forma pormenorizada, de forma suficiente e justificante, sem generalidades, pois se não fosse assim, qual seria o papel do juiz no Estado Democrático de Direito?

Nesse norte, o mandado de busca e apreensão penal, como manifestação do prudente tirocínio do magistrado, deve obrigatoriamente ser produto de criteriosa decisão, apoiada em elementos fáticos e jurídicos seguros, capazes de justificar a medida restritiva, sendo inadmissível a intromissão desarrazoada na esfera da particularidade alheia, que tão-somente teria a finalidade de usurpar garantias constitucionalmente asseguradas ao cidadão. (DUTRA, 2007, p. 165)

É preciso recordar a razão da norma. A motivação das decisões tem fundamento político e jurídico, e no caso específico da inviolabilidade de domicílio, justifica o poder estatal que autoriza a polícia ingressar no domicílio de alguém, restringindo também a intimidade e privacidade do morador. Além disso, serve para o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos judiciais, avaliando se o juiz observou os mandamentos legais e constitucionais. No entanto, ao contrário do que se busca legitimar com a norma em comento, o mandado genérico, segundo conclui Nucci (2014, p. 589), não possibilita fiscalizar os atos de força do Estado contra os direitos individuais.

Outrossim, o juiz exerce poder público jurídico e não político. Seu discurso justificante deve estar sempre pautado em dispositivos legais e constitucionais, ou princípios adotados pelo ordenamento jurídico, de forma racional e proporcional. Suas convicções políticas e pessoais não podem pesar na decisão judicial, tampouco pressões sociais que clamam pela efetividade do direito penal. Deste modo, não pode se deixar levar pelas pressões sociais que clamam a segurança pública acima de tudo e de todos.

Como pondera Antonio Magalhaes Gomes Filho (2001, p. 81) os juízes não podem estar submissos às pressões da população com o propósito de fazer crer que a sociedade deseja determinada decisão, pois além do risco de manipular os resultados, estar-se-ia

suprimindo a função jurisdicional.

Outra ponto a ser analisado é se o mandado de busca e apreensão coletivo constitui ato discriminatório. Isto porque os casos que se tem noticiado voltam-se para áreas periféricas de conglomerados urbanos, não havendo conhecimento sobre alguma diligência dirigida à bairros elitizados ou de classe média.

Não se pode ignorar que esses bairros geralmente estão dominados pelo crime, principalmente pelo tráfico de drogas e pela presença de organizações criminosas que até mesmo ditam as normas a que a comunidade deve se submeter. No entanto, isso não significa que todos que ali habitam são delinquentes, ou que os habitantes de outros bairros são incorruptíveis, que não cometem delitos, pois nenhum espaço geograficamente delimitado está imune à condutas delituosas. Então por que normalmente esses mandados são dirigidos para comunidades marginalizadas?

Não se pode presumir que a autoridade judiciária está sendo discriminatória ao proferir mandado de busca e apreensão. Se há fundadas razões para que realize determinadas buscas em algumas residências de um bairro, tendo sido avaliado pelo juiz a existência de indícios justificadores para a expedição de mandados de busca e apreensão, de forma isolada, caso a caso, não há o que se questionar, em tese. Isto porque há elementos que legitimam a medida.

No entanto, se isso é feito de forma coletiva, sem analisar analiticamente cada caso, estar-se-ia presumindo que alguns moradores da comunidade são criminosos, ou que, a despeito de nem todos serem suspeitos, a busca por encontrar os culpados justifica os meios empregados, ou seja, a “varredura” em qualquer domicílio.

A crítica e o questionamento que se propõe este trabalho é por que essa presunção ou essa ponderação entre meios e fins dificilmente é feita em bairros elitizados. Não se tem notícia de que um policial, munido de um mandado coletivo, tenha entrado em luxuosas mansões e procedido à buscas e apreensões. Não se presume que esses moradores sejam delinquentes, tampouco se acredita ser proporcional tamanha invasão ao domicílio alheio para colher elementos de convicção, sem que haja mínimos indícios para tanto.

Para Ana Maria Campos Tôrres “O que resulta é mais uma vez valoração desigual, posto que não ousa o policial adentrar em casa de pessoa instruída, mas não respeita a intimidade do pobre, mesmo que nada encontre.” (2004, p. 164)

Há um estigma que recai apenas sobre localidades pobres, pessoas que são mais facilmente identificadas como potenciais criminosos. Desta forma, conclui Ana Giselle Parente Rebouças ao analisar os mandados coletivos:

(...) mandados de busca e apreensão genéricos revelam o caráter excludente da sociedade brasileira e o matiz seletivo da persecução penal, na medida em que denotam uma espécie de “criminalização da pobreza”. Ao que parece defluir das ações policiais, pessoas que moram em favelas são encaradas, no inconsciente coletivo, mais facilmente potenciais inimigas do Estado do que outros segmentos sociais mais abastados, tanto que somente áreas periféricas submetem-se a diligências coercitivas desta ordem. (REBOUÇAS, 2018, p. 83)

Desta forma, é possível que esses mandados sejam discriminatórios, voltados para determinadas comunidades periféricas. Assim, viola-se o princípio da igualdade, em seu aspecto negativo, de igualdade perante a lei e de vedação à tratamentos discriminatórios.

Sobre a inconstitucionalidade de atos discriminatórios, revela José Afonso da Silva (2007, p. 228-229) ser inconstitucional impor sacrifícios a um grupo de pessoas, discriminando-as em face de outros que estejam na mesma situação e, assim, acabam permanecendo em condições mais favoráveis.

Por outro lado, é preciso lembrar que a mesma Constituição que assegura a inviolabilidade de domicílio, a motivação das decisões judiciais e a isonomia, garante o direito à segurança. Esse direito tem sido alegado para defender os mandados de busca e apreensão coletivos, inclusive pelo Ministério Público Federal²⁶.

Analisando o direito em tela, constatou-se que a Constituição Federal se refere em vários dispositivos sobre a segurança, cujo sentido normativo varia conforme o contexto em que esteja inserido e o seu sentido finalístico. É muito fácil apontar para um direito previsto no corpo constitucional e usá-lo como escudo ou como arma para se pleitear outros direitos, mas a concessão desses direitos não pode ignorar a razão de ser da norma.

Em síntese, o *caput* do art. 5º da Constituição Federal significa segurança jurídica, garantindo-se a existência de um direito positivo e a estabilidade e proteção dos direitos e garantias individuais constitucionalmente previstos.

Portanto, não significa, como alguns defendem, a segurança pública, ou seja, a proteção do Estado contra atos atentatórios praticados pelos próprios particulares. Na verdade, observa-se que a sua acepção tutela muito mais a própria inviolabilidade de domicílio, na medida em que essa norma consubstancia-se em direito individual.

Desta forma, o *caput* do art. 5º não é capaz de fundamentar a expedição dos mandados de busca e apreensão coletivos, pois como legitimar essa diligência com base na segurança, se esse mesmo direito protege a garantia da inviolabilidade de domicílio? Seria contraditório, pois o teor da norma garante a existência de que a casa é o asilo inviolável do indivíduo e, mais do que isso, seria contra a sua exegese, pois uma coisa é segurança jurídica e outra é

²⁶ Vide nota de rodapé 5

segurança pública.

A segurança enquanto direito social, prevista no caput do art. 6º, também não legitima esses mandados, pois significa seguridade social, concebida pela Constituição como conjunto de ações destinadas à saúde, assistência social e previdência.

Mas a segurança pública não foi ignorada pelo constituinte, e nem poderia ser. O art. 144 da Lei Maior aduz que a segurança pública é dever do Estado e direito de todos. Nesse sentido em que é concebida, significa sim a manutenção da paz social, contra ataques praticados pelos próprios indivíduos. A segurança pública, portanto, possui indubitavelmente valor constitucional.

Deste modo, observa-se a existência de aparente colisão entre valores constitucionais. De um lado, garante-se a inviolabilidade de domicílio ao passo que a segurança pública também é norma constitucional, demandando a aplicação do postulado da proporcionalidade, a fim de avaliar os prós e contras da expedição dos mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos. Apesar desse princípio ter maior eficácia e aplicação mais justa na análise de casos concretos, é possível analisá-lo de forma genérica a fim de avaliar se a diligência estudada seria proporcionalmente exigível.

O primeiro critério na aplicação desse princípio é a adequação da medida. É possível que o mandado de busca e apreensão coletivo e genérico consiga obter alguma das hipóteses elencadas no parágrafo primeiro do art. 240 do CPP, como, por exemplo, colher elementos de convicção a respeito de determinado crime. A medida parece, portanto, ser adequada para o fim que se propõe.

Em sentido contrário, ao analisar a proporcionalidade dos mandados de busca e apreensão coletivos, conclui Rebouças (2018, p. 67) que a diligência já se esbarra no sobpostulado da adequação, pois além da sua duvidosa constitucionalidade e legalidade, não é medida que comprovadamente garante os resultados sociais esperados no combate da criminalidade e da efetivação do direito à segurança. Além disso, para a referida autora (2018, p. 68), essas diligências não impedem impreterivelmente a possibilidade de reorganização dessas facções criminosas em outros locais.

No entanto, considerando que a medida seja adequada, seria realmente necessária? Em outras palavras: o meio eleito é o menos gravoso entre as opções existentes?

A Constituição Federal já outorga aos juízes a possibilidade de afastar a inviolabilidade de domicílio por meio de uma decisão judicial, desde que fundamentada. Assim, os juízes podem, como medida mais moderada, dentro dos limites estabelecidos pela própria Constituição Federal, expedir mandados de busca e apreensão para cada residência,

isoladamente.

Trata-se, certamente, de medida menos gravosa, posto que os moradores que não sejam suspeitos não precisarão se submeter ao incômodo de verem suas casas sendo alvo de operações policiais e de terem a sua privacidade cerceada. O simples fato de policiais realizarem uma vistoria no domicílio de alguém já é, muitas vezes, motivo para vexames entre os vizinhos e familiares, pois presume-se que os moradores daquela residência são envolvidos com atividades ilícitas.

Além disso, caso a medida tenha sido determinada genericamente por não precisar a sua finalidade, consubstancia-se em verdadeira autorização plena para que as autoridades policiais revirem a casa dos moradores da forma que bem entender, e apreendam tudo que for conveniente, ainda que diga respeito ao íntimo da pessoa²⁷. Para Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 589) buscas indeterminadas só demonstram ser a diligência inútil, pois o Estado nem mesmo sabe o que está procurando e o que busca apreender.

O simples pensamento de que é preciso punir alguém poderia levar a conclusão de que a medida é necessária, instrumento fundamental no combate à criminalidade, sobretudo à organizada. No entanto, a balança possui dois lados, e o direito não pode jamais esquecer-se disso. Se o Estado possui ao seu dispor outros mecanismos para tal fim, deve ser investigado qual instrumento seria menos gravoso. Por isso, o princípio da proporcionalidade examina de forma objetiva se não haveria como a medida ocorrer de forma diferente, sem que fosse mais onerosa do que o necessário.

Se a autoridade judiciária pode expedir mandados isoladamente, precisando o objeto e o fato investigado, por que não o faz? O que não se pode é legitimar que pela suspeita de práticas delituosas em cinco casas se proceda à buscas em todas as residências de um bairro, quando não são todos os indivíduos suspeitos e envolvidos na ação delituosa, restringindo ou mesmo violando uma série de direitos fundamentais.

Além disso, se não há efetivas suspeitas, indícios mínimos, a medida não é necessária. O direito penal e processual penal não trabalham com suposições. O Estado não pode primeiro ir buscar qualquer elemento de convicção para depois instaurar o inquérito policial,

²⁷ Vale transcrever o pensamento do ex-ministro Eros Grau no HC 95.009-4, a despeito de não ter por objeto direto a análise dos mandados coletivos, ao proferir que: De que vale declarar, a Constituição, que a “a casa é asilo inviolável do indivíduo” (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica “devassa”. (Supremo Tribunal Federal, HC 95.009-4/SP, Rel. Min. Eros Roberto Grau, 2008)

não é assim que a lei funciona. Se assim fosse, seria possível que todos os domicílios fossem alvo de operações policiais para se proceder à buscas. Todavia, o Estado só deve intervir na liberdade alheia quando há fundamento para tanto, do contrário a medida é dispensável.

Como adverte Aury Lopes Junior (2014, p. 731) a indicação da casa é imprescindível, não se justificando que a busca e apreensão seja o primeiro ato de investigação. A autoridade policial dever primeiro investigar para, se necessário, postular a diligência, definindo o que precisa buscar e onde.

Além do mais, como bem pondera George Marmelstein (2009, p. 377), ao comparar o princípio da proporcionalidade com a atividade médica, muitas vezes o tratamento médico é até necessário e adequado para curar alguém, mas os danos colaterais serão ainda piores do que os provocados pela doença.

Esse raciocínio é plenamente aplicável aos mandados de busca e apreensão coletivos. É certo que a medida poderia ser eficaz em função da coletividade, mas não é proporcional que inocentes arquem com o sacrifício da violação da sua vida privada, de seu domicílio e de outros direitos fundamentais pelo infortúnio de morar próximo a ocorrência do crime, sendo que muitas vezes esses mesmos moradores são vítimas do crime. Não é porque são pobres e moram em áreas de risco que são culpados, mas são presumidamente inocentes até que se prove o contrário.

Assim, destaca-se mais uma vez as conclusões de Ana Giselle Parente Rebouças, ao analisar o princípio da proporcionalidade com os mandados de busca e apreensão coletivos:

Ora, se o princípio da proporcionalidade é um instrumento protetor dos indivíduos, como pode ser utilizado para justificar a opção por um meio coercitivo tão drástico e que vulnera, em tão expressiva magnitude, tantos dispositivos constitucionais fundamentais do ordenamento jurídico vigente? (REBOUÇAS, 2018, p. 66)

Portanto, a medida certamente não é a mais leve dentre as opções que o juiz possui ao seu dispor. Os mandados de busca e apreensão coletivos estão reprovados pelo princípio da proporcionalidade, antes mesmo de passar pela sua terceira fase, quando da análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Percebe-se também que muitas decisões e entendimentos favoráveis à medida estão fundamentados no interesse público e da coletividade em coibir condutas criminosas. Sob este aspecto, reconhece-se a positividade dos direitos individuais, e não se nega a sua eficácia, mas a inviolabilidade domiciliar e os outros direitos afetados por essa diligência coletiva deve ceder em confronto com o interesse público na persecução penal.

O problema é que geralmente esse argumento não é devidamente fundamentado,

tampouco baseado em uma ponderação clara e objetiva com base na proporcionalidade. Deste modo, como adverte Marmelstein (2009, p. 371), não se pode afastar a proteção constitucional sempre que o interesse público assim exigir, expressão vaga, que pode significar quase tudo.

Sob este aspecto do interesse público predominante, reconhece-se a supremacia do interesse público sobre o particular, que nada mais é que princípio implícito constitucional, inserido no contexto do direito administrativo, em seu regime jurídico, e não como princípio processual penal, ou mesmo de teoria geral do processo.

Pode-se questionar se esse princípio não poderia ser aplicado ao processo, a fim de legitimar a medida ora analisada, até mesmo por estar inserido no âmbito do direito público, por ser reconhecido como norma constitucional, ou mesmo por ser princípio geral de direito. Entretanto, tais argumentos não são aptos a incidir a supremacia do interesse público sobre o privado no direito processual penal, pois é muito mais que uma simples escolha entre qual âmbito do direito esse princípio estaria inserido.

Isto porque há um razão da supremacia do interesse público ser preceito basilar administrativista. A atuação administrativa, por meio de seus órgãos públicos, autarquias e até mesmo suas empresas públicas e sociedades de economia mista estão interessadas unicamente na finalidade do bem comum. O seu exercício só é legítimo porque a coletividade legítima que o Estado atue em vários níveis e sob várias formas para alcançar a vontade geral.

Para tanto, o Estado não pode buscar unicamente o interesse de uma pessoa, pois se fosse assim, não conseguiria atingir os seus objetivos administrativos, não poderia cuidar da coisa pública, administrar o país. Além disso, é preciso que tenha certas prerrogativas para melhor exercer os seus poderes, como a possibilidade de rever suas decisões, ou executá-las sem a necessidade de prévia autorização judicial.

O direito processual penal, ao contrário, não tutela o interesse público, e sim as liberdades individuais, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988. Seu intuito é justamente instrumentalizar a atuação pública na investigação e punição de crimes, para que os direitos fundamentais não sejam desrespeitados, e sejam restringidos de forma razoável, sem afrontar a dignidade da pessoa humana.

Além do mais, como observa Ingo Sarlet (2004, p. 87), a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais legitima restrições aos direitos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas isso não está a legitimar uma subordinação apriorística dos direitos fundamentais em função da coletividade.

Deste modo, além de não ser um princípio coerente aos fins do direito processual penal, não pode ser fundamento indiscriminado para legitimar medidas interventivas aos

direitos fundamentais, simplesmente como argumento de autoridade.

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade, em certos aspectos, legitima medidas mais repressivas quando o Estado demonstra-se ineficiente na proteção dos direitos fundamentais.

Nesse ínterim, segundo Lenio Streck (2005, p.177), as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem se direcionar para coibir delitos que obstam a concretização de direitos fundamentais. Destaca-se também o pensamento crítico do autor aos penalistas liberais-iluministas, cuja ideia é de um Estado necessariamente mau, opressor, e o direito penal o refúgio para proteger o indivíduo dessa opressão.

Em verdade, o Estado detém grande poder, mas que vem sendo refreado com as cartas constitucionais, as leis, enfim, pelo sistema democrático de direito, apesar de estar longe da perfeição em tal tarefa. Por outro lado, na práxis social, o que se vivencia é não apenas o Estado como o opressor dos direitos fundamentais, mas também indivíduos contra si mesmos, violando-se reiteradamente os direitos de liberdade, a vida, a paz pública, a dignidade sexual, conforme se constata dos altos índices de criminalidade brasileira. Nessa perspectiva, o Estado não pode ser mais visto como um mal que deve ser combatido a qualquer custo, protegendo-se os indivíduos em detrimento da própria sociedade.

Assim sendo, em princípio, esse viés da proporcionalidade poderia justificar a adoção de maiores represarias na persecução penal, a fim de que o Estado seja realmente eficiente na sua tarefa de proteção aos direitos fundamentais, o que legitimaria a expedição de mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos.

Entretanto, deve-se ponderar que o objetivo do princípio da proibição da proteção deficiente é proteger os direitos fundamentais, e a inviolabilidade domiciliar é indubitavelmente um direito fundamental. É, inclusive, um bem jurídico tutelado pelo direito penal, sendo a violação de domicílio tipificada no art. 150 do Código Penal Brasileiro.

Deste modo, como justificar a expedição de mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos, visando proteger a coletividade e punir a ocorrência de crimes, como uma prestação positiva do Estado no cumprimento de seus deveres, se o Estado também tem o dever de tutelar o domicílio alheio? Seria contraditório usar esse princípio para justificar a diligência coletiva, porque a casa também é um bem jurídico legitimamente tutelado.

Deve-se observar, ademais, que a ausência de mandados de busca e apreensão coletivos e genéricos não estaria, necessariamente, desprotegendo a sociedade. Afinal de contas, há um rol extenso de crimes no Código Penal e demais leis extravagantes prevendo condutas violadoras de direitos como crimes.

Mas outro questionamento pode ser feito: apenas a previsão de uma conduta como crime é apta a proteger os direitos fundamentais? a resposta é óbvia. O direito penal, por si só, não é apto a proteger os bens jurídicos que visa tutelar, fazendo-se necessário o aparato judicial e policial para investigar transgressões e puni-las, o que é feito principalmente por meio de normas constitucionais e do Código de Processo Penal, sendo um dos instrumentos processuais justamente a busca e apreensão. O Direito Penal, portanto, não está desamparado, mas encontra na própria busca e apreensão domiciliar, determinada de modo preciso e devidamente fundamentada, atendendo a todos os requisitos postos pelo Código de Processo Penal, um de seus supedâneos para a apuração de crimes – ainda que não seja da forma mais efetiva possível.

Longe de querer esgotar a discussão, é possível se questionar, ainda, se os fins justificam os meios, em outras palavras, se é possível afastar-se das normas que regem a vida em sociedade pela busca incessante de controlar condutas ilícitas e de garantir a segurança pública a qualquer custo.

No entanto, conforme pondera Ferrajoli, as regras não podem ser deixadas de lado nem mesmo nos momentos difíceis:

A razão jurídica do Estado de direito, de fato, não conhece amigos ou inimigos, mas apenas culpados ou inocentes. Não admite exceções às regras senão como fato extra ou antijurídico, dado que as regras – se não levadas a sério, como regras, e não como simples técnicas – não podem ser deixadas de lado quando for cômodo. E na jurisdição o fim não justifica os meios, dado que os meios, ou seja, as regras e as formas, são as garantias de verdade e de liberdade, e como tais têm valor para os momentos difíceis, assim como para os momentos fáceis; enquanto o fim não é mais o sucesso sobre o inimigo, mas a verdade processual, a qual foi alcançada apenas pelos seus meios e prejudicada por seu abandono. (FERRAJOLI, 2002, p. 667)

No Estado de direito, as regras não podem ser abandonadas por ser mais conveniente. O valor da dignidade da pessoa humana eleva-se à fundamentação do próprio Direito, afastando a instrumentalização do homem em prol da coletividade, até mesmo no estado de emergência.

A criminalidade não pode ser ignorada pelo Estado, mas não pode ser repreendida de qualquer forma, de modo emergencial. O Estado também tem o dever de agir preventivamente para evitar o colapso delinquente, o que exige medidas voltadas aos cidadãos na área de lazer, saúde, trabalho, educação, entre outras. A ordem pública não pode estar afastada das políticas públicas, pois é a inclusão, e não a exclusão por meio de medidas que estigmatizam, tais como a busca e apreensão coletiva e genérica, que poderá atingir maior coesão social e a redução dos índices de criminalidade a longo prazo.

Da mesma forma que o crime não é o melhor atalho para sair da condição de miséria e

se atingir um patamar de vida satisfatório, a violação aos direitos fundamentais não pode ser usada como atalho para o combate da criminalidade, sob o custo dos princípios e valores próprios de um Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

Diante do que se propunha o presente trabalho, após análise dos requisitos legais impostos pelo Código de Processo Penal, constata-se que a diligência coletiva e genérica ora estudada constitui grave ofensa aos preceitos legais que regulam a busca e apreensão.

Além disso, a medida infringe vários direitos e princípios constitucionais. A inviolabilidade domiciliar, enquanto direito individual, não pode ser afastada de modo indeterminado e coletivo, assim como a motivação das decisões judiciais, pois apenas a existência de suspeitas sérias baseadas em elementos concretos pode justificar a intervenção do Estado no domicílio alheio, de forma fundamentada.

A medida também viola o princípio da igualdade, ao tratar desigualmente os moradores de comunidades carentes. Apesar de muitas comunidades pobres serem marcadas pela criminalidade, por organizações criminosas de âmbito nacional e de tráfico de drogas contínuo, medidas invasivas como estas não são direcionadas à bairros elitizados, enquanto muitas autoridades judiciais não colocam óbice em deferi-las para bairros marginalizados.

A medida também não está legitimada apenas sob a alegação do direito à segurança, na medida em que este direito possui várias acepções de acordo com o contexto em que esteja inserido na Constituição Brasileira, ademais, esta norma protege a própria garantia da inviolabilidade domiciliar. Por outro lado, a segurança pública, dever do Estado e direito de todos, seria apta a legitimar os mandados de busca e apreensão coletivos, se a Lei Fundamental não houvesse reconhecido em seu corpo normativos outros direitos que conflitam com a segurança pública.

Ao confrontar a segurança pública com os outros direitos analisados, aplicando-se o postulado da proporcionalidade, composto pelos critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a medida instrumental é reprovada no teste da necessidade, na medida em que a investigação criminal dispõe de outros mecanismos para coibir e investigar práticas delituosas, de modo razoável e menos invasivo.

Desta forma, o Estado não está deixando os direitos fundamentais que reconhece em sua Lei Fundamental desprotegidos. Além da criminalização de várias condutas que violam os seus bens jurídicos, a lei processual penal dispõe de inúmeros meios de investigação aptos à reprimir delitos, como a própria busca e apreensão, quando realizada em observância às normas legais e constitucionais.

Por mais que o interesse público seja reconhecido no sistema jurídico brasileiro, não pode ser utilizado na tutela penal da mesma forma como é utilizado no direito administrativo,

pois o processo penal visa resguardar essencialmente os direitos individuais contra o exercício abusivo do Poder Público, para que suas restrições sejam realizadas de forma razoável e em consonância com a ordem constitucional. Além disso, não há uma supremacia do interesse público apriorística, apta a legitimar qualquer medida restritiva de direitos fundamentais em prol da coletividade.

Portanto, os mandados de busca e apreensão coletivos, assim como os genéricos, não estão em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

É claro que a tutela constitucional e suas garantias penais não deve servir como instrumento para a impunidade, afinal de contas, o direito visa regular a vida em sociedade, garantindo-se o bem comum, a pacificação social, as liberdades, e a coesão social. Sob esta perspectiva, é plenamente possível que haja várias buscas e apreensões em um quarteirão inteiro ou em várias residências de uma comunidade, por exemplo. O que não se legitima é a autoridade policial, munida de apenas uma única autorização judicial, realizar coletivamente e genericamente tais diligências. É preciso que a autoridade judiciária autorize cada medida isoladamente, conforme as circunstâncias do caso, fundamentando sua decisão de modo preciso e determinado, sem generalidades e presunções.

Essa parcela da sociedade, vulnerável, muitas vezes sem acesso à políticas públicas, não pode arcar com o custo do crime apenas por viver em um espaço geográfico marcado por conflitos policiais e de organizações criminosas. E ainda que estivesse diretamente envolvida com delitos, o direito não pode escapar dos seus princípios basilares na busca desenfreada por reprimir crimes, visto que no Estado Democrático de Direito, com fundamento na dignidade da pessoa humana, ninguém pode ser instrumento de outras pessoas, ainda que sejam delinquentes, pois os fins não justificam os meios.

O Poder Judiciário e a polícia não têm o poder de acabar com a criminalidade sozinhos, apenas equipados com uma caneta autorizadora de mandados de busca e apreensão coletivos e armado com força policial.

Cabe ao Estado, em harmonia com os seus três poderes, estudar outras medidas e leis pautadas na legalidade e na constitucionalidade, aptas a confrontar o crime organizado e a guerra contra as drogas, além de fornecer um aparato policial e uma melhor formação aos seus agentes para que medidas de política criminal sejam realizadas de modo menos invasivo e com maior efetividade, sem esquecer-se de políticas públicas de inserção social, compreendendo que moradores de comunidades carentes não são inimigos da sociedade, mas fazem parte dela.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). **Anteprojeto da comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-69.pdf>>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2018.

_____. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)** (1992). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

_____. Presidência da República. **Atlas da violência**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

_____. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2018.

_____. Presidência da República. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

_____. Procuradoria Geral da República. **Parecer nº 32.218/2018 de 21 de março de 2018.** In: Habeas Corpus nº 154118/DF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pgf-favoravel-mandado-busca-apreensao.pdf>>. Acesso em: 06 de novembro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 416483 RJ 2017/0236856-5, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, **DJ 20/09/2017.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=416483+RJ+2017%2F0236856-5&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 06 de novembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 0067226-06.2018.1.00.0000, Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5370727>>. Acesso em 06 de novembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 95.009-4, Relator: Min. Eros Grau, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantociastf/anexo/hc95009eg.pdf>>. Acesso em: 07 de novembro de 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus nº 00479475520178190000, Relator: Siro Darlan de Oliveira. Rio de Janeiro, RJ, **DJ 02 de março de 2018.** Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047F30223C34D40B6A0046311514C9D2D2C50752090636>>. Acesso em: 06 de novembro de 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus nº 0048172-75.2017.8.19.0000, Relator: Antonio Eduardo Ferreira Duarte. Rio de Janeiro, RJ, **DJ 26 de setembro de 2017.** Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.56>>. Acesso em: 06 de novembro de 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. 9. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CONCEIÇÃO, Lourivaldo da. **Curso de Direitos Fundamentais.** Campina Grande: EDUEPB, 2016.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1793). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948). Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

DUTRA, Luciano. **Busca e apreensão penal:** da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis: Conceito editorial, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.

IBGE. Somos todos iguais? o que dizem as estatísticas. **Retratos**, n. 11, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/17eac9b7a875c68c1b2d1a98c80414c9.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LYRA, Diogo Azevedo. **Relatório Rio**: Violência policial e insegurança pública. Rio de Janeiro: Justiça Global, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_jg_rj_dh_rio_2004.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OPERAÇÃO com barcos, helicóptero e 300 agentes prende suspeitos de tráfico na comunidade do Dendê. **G1**. Fortaleza, 05 out. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ceara/noticia/operacao-com-barcos-helicoptero-e-300-agentes-prende-suspeitos-de-trafico-na-comunidade-do-dende.ghtml>>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

PAIVA, Thiago. Polícia Civil cumpre mandado de busca e apreensão coletivo para combater tráfico de drogas. **O povo**, Fortaleza, 11 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2017/02/policia-civil-cumpre-mandado-de-busca-e-apreensao-coletivo-para-combat.html>>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

REBOUÇAS, Ana Giselle Parente. **Crítica ao estado de exceção por meio do uso sistemático dos mandados de busca e apreensão coletivos como política de (in)justiça e de (in)segurança pública**. 2018. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/32118/1/2018_dis_agrebou%C3%A7as.pdf>. Acesso em: 07 de novembro de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 47, Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; _____; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, 2002. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 07 de novembro de 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Comentário ao caput do art. 5º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; _____; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SSPDS cumpre mandado de busca e apreensão coletivo em Caucaia, no CE. **G1**, Fortaleza, 22 de fev. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/02/sspds-cumpre-mandado-de-busca-e-apreensao-coletivo-em-caucaia-no-ce.html>>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, v. 32, n. 97, 2005.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TÔRRES, Ana Maria Campos. **A busca e apreensão e o devido processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. 3 v.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

**ANEXO A – DECISÃO DE BUSCA E APREENSÃO NO PROCESSO 6021-
94.2018.8.06.0138**

fls. 9

Documento nº 01

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO - VARA ÚNICA DE PACOTI**

**REPRESENTAÇÃO - PRISÃO TEMPORÁRIA & BUSCA E APREENSÃO
PROCESSO nº 6021-94.2018.8.06.0138
REQUERENTE: DEPARTAMENTO DE POLÍCIA ESPECIALIZADA - DELEGADO
TITULAR DA DELEGACIA DE ROUBOS E FURTOS - DRF**

[REDACTED]

- DECISÃO -

Trata-se de representação formulada pelo Douto Delegado de Polícia Civil da Delegacia de Roubos e Furtos - DRF - Departamento de Polícia Especializada/DPE, requerendo a decretação da prisão temporária de [REDACTED] a Santos, [REDACTED] & outros, assim como a expedição de alguns mandados de busca e apreensão, nos domicílios dos representados/investigados, sustentando, em síntese, que tramita naquela especializada o IP de nº 309-005/2018, instaurado para apurar um crime de roubo praticado no interior de uma propriedade denominada de "Sítio Costa Rica", localizado na zona rural do Município de Pacoti.

Esclarece que, realizada a oitiva do proprietário do sítio, somado a um relatório de investigação elaborado pelos agentes que compareceram na localidade, com vistas à realização de diligências preliminares, chegou-se ao nome de duas pessoas que participaram diretamente do crime supracitado e também de outras pessoas que supostamente integram um "bando armado e perigoso", o qual seria, em tese, responsável pelo tráfico de drogas e diversos crimes patrimoniais e contra a vida, nesta municipalidade.

Segundo aduz, o roubo em questão foi praticado com extrema violência, consistente em grave ameaça e agressões físicas nas vítimas que estavam no local, tendo sido subtraído pelos representados alguns documentos pessoais, perfumes, aparelhos de telefonia celular, a quantia de aproximados R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), assim como algumas armas de fogo, todas devidamente registradas.

Com efeito, apurou-se que depois de praticada a aludida infração criminal, alguns dos representados estariam oferecendo à venda as armas subtraídas, pela quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), as quais guardariam características semelhantes àquelas subtraídas, revelando mais um indício do envolvimento daqueles indivíduos.





Ato contínuo, alega que "existe grande dificuldade em se conseguir provas testemunhais haja vista o verdadeiro estado de terror imposto pelos infratores aos moradores e cidadãos que vivem na mesma localidade", afirmando que os representados "andam armados, ameaçam, agridem e até matam pessoas para manter o pseudo poder e autoridade", contudo, "isso não pode impedir o Estado de adotar as medidas legais necessárias e imprescindíveis ao resgate da segurança local e da paz social".

Por fim, acrescenta que, para que se possa avançar nas investigações, com vistas à responsabilização de todos os autores do roubo praticado e demais integrantes dessa "quadrilha", revela-se imprescindível a prisão temporária dos representados, assim como o deferimento das demais medidas cautelares então postuladas.

O pedido veio instruído com os documentos de fls. 09/25, entre os quais estão o Boletim de Ocorrência nº 459-32/2018, o termo de depoimento prestado por uma das testemunhas, o relatório da missão policial, o qual descreve as diligências preliminares que foram realizadas na localidade, entre fotografias dos integrantes dessa organização criminosa, seus endereços e demais dados, coletados dos sistemas da Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social .

Aberta vista dos autos ao Ministério Público, o Douto Promotor de Justiça que oficia nesta comarca apresentou a manifestação de fls. 27/37, ratificando o pedido formulado pela autoridade policial, isto é, pelo seu deferimento, assim como realizou algumas adequações e/ou aditamentos, com vistas à expedição de alguns mandados de busca e apreensão a outros endereços, de modo que fosse aumentado o raio da presente ação cautelar, em busca de substâncias ilícitas e armas de fogo que poderiam estar na posse dos representados, devido ao elevado nível de organização que estas possuem nesta municipalidade.

Com efeito, o Ministério Público também trouxe à luz diversos elementos informativos, os quais noticiam que todos os representados estão, ao menos em tese, associados para a prática do crime de tráfico de drogas no Maciço de Baturité, entre outros delitos correlatos, inclusive o roubo praticado no "Sítio Costa Rica", ponto inicial das investigações que estão sendo realizadas pela Delegacia de Roubos e Furtos - DRF.

É o breve relatório. Decido.

I - DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, foi instaurado o inquérito de nº 309-005/2018, com vistas a apurar a materialidade e a autoria de um crime de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma de fogo, praticados no "Sítio Costa Rica", nesta cidade, o qual, segundo



depoimento de uma das testemunhas, foi praticado mediante extrema violência, inclusive com agressões físicas a sua pessoa.

Entretanto, no decorrer das investigações, percebeu-se não se tratar de um "simples" caso de roubo, mas de um fato praticado e patrocinado por indivíduos que compõem uma organização criminosa estruturalmente ordenada, também conhecida como "Comando Vermelho", a qual vem atuando no Município de Pacoti e localidades no Maciço de Baturité, fortemente na área do tráfico de substâncias ilícitas, delito de vitimização difusa, o qual se presta como mola propulsora a um sem número de outras infrações criminais, tais como furtos, roubos, corrupção de menores, homicídios e outros crimes correlatos, todos em virtude de uma aparente disputa pelo controle do tráfico na região.

Os indivíduos nominalmente identificados na presente representação estão supostamente envolvidos em diversas práticas delituosas, além daquela inicial que motivou a abertura do presente inquérito, encontrando-se em curso diversos procedimentos policiais e ações penais, sobre fatos que gravitam em torno do tráfico, principal atividade da aludida facção criminosa, comandada, em tese, pelas pessoas de Rodrigo da Silva Santos e Francisco Julimar da Silva Santos.

Pontue-se que todos esses indivíduos estão, em tese, associados para o fim de praticar diversas infrações criminais nesta região, com o objetivo de se manterem, na estrutura hierárquica da facção, como comandantes e primeiros oficiais das operações ilícitas mencionadas, em virtude das vantagens e benefícios que auferem direta e indiretamente com os delitos praticados.

A periculosidade de tais agentes é manifesta, considerando as informações trazidas pelo Delegado de Polícia Civil da Delegacia de Roubos e Furtos - DRF e pelo Douto Promotor de Justiça, não somente em virtude do que restou formalmente apurado preliminarmente, mas considerando, outrossim, depoimentos de vítimas e testemunhas nos autos dos inquéritos e ações penais que estão em curso, alguns envolvendo terceiros, mas que apontam a autoria ou a participação desses indivíduos.

Todas essas questões evidenciam a imprescindibilidade de uma atuação mais enérgica do Estado, sobretudo porque os elementos de prova até então obtidos não são fortemente seguros, visto que esses agentes, quando não praticam diretamente os delitos mencionados, sem testemunhas, atuam mais como mandantes ou autores mediatos e/ou indiretos, o que, em tese, reforça a necessidade das medidas ora postuladas, as quais serão analisadas mais detidamente abaixo.

II - DAS PRISÕES TEMPORÁRIAS

A medida cautelar em análise encontra-se disciplinada pela lei nº 7.960/89, diploma normativo que traz consigo alguns requisitos e/ou pressupostos para o seu deferimento, entre os quais está: a) a sua



somente pode ser decretada pelo Poder Judiciário nas hipóteses previstas no art. 122 da Lei 8.069/90, entre as quais está a previsão de ato cometido mediante grave ameaça ou violência contra pessoa, exatamente a hipótese em tela, considerando o *modus operandi* narrado nos autos do inquérito e das pelas de informação que instruem o pedido.

Nesse mesmo sentido, segue orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO ROUBO. VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO ADEQUADA. POSSIBILIDADE. ART. 122, I, DO ECA. PRECEDENTES. 1. O ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO ROUBO PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA JUSTIFICA A MEDIDA DE INTERNAÇÃO, CONFORME PREVISÃO DO ART. 122, I, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 2. NO CASO, HOUVE GRAVE AMEAÇA EXERCIDA MEDIANTE EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. 3. ADMISSÍVEL A COMPROVAÇÃO DO USO DE ARMA DE FOGO, INDEPENDENTE DA APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO A PARTIR DO JULGAMENTO DOS ERESP N.961.863/RS. 4. ORDEM DENEGADA. (STJ - HC: 231516 SP 2012/0013252-5, RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DATA DE JULGAMENTO: 19/06/2012, T6 - SEXTA TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJE 01/08/2012)

No entanto, impõe-se a observância do que encontra-se previsto no art. 175, do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo o representado, quando de sua apreensão, ser imediatamente encaminhado ao Ministério Público, para sua oitiva, para a providência determinada no art. 179, do mesmo diploma, como requer o Douto Promotor de Justiça, às fls. 27/37.

Pontue-se que, quando do cumprimento do presente mandado, não poderá o adolescente "ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade", devendo aguardar sua "apresentação em dependência separada da destinada a maiores", nos termos da lei nº 8.069/90.

IV - DAS BUSCAS E APREENSÕES DOMICILIARES

A Magna Carta assegura a inviolabilidade do domicílio como regra geral, contudo, ressalva a possibilidade de ingresso mediante

Documento nº 01

autorização judicial, entre outras hipóteses, tendo o próprio constituinte originário realizado uma ponderação dos interesses em aparente conflito, quando evidenciado o interesse público.

Isso porque, não existem direitos absolutos e quando houver eventual conflito entre as normas constitucionais, deve eventual interesse particular ceder frente ao interesse público ou ao interesse da coletividade, conforme entendimento assentado em nossos Tribunais Superiores.

Registre-se que nem sempre o interesse público corresponde ao interesse da coletividade, sendo necessária tal distinção, no plano dogmático, embora, no presente caso, seja possível afirmar que, diante do bem jurídico tutelado pela lei nº 11.343/06, a representação formulada pela autoridade policial visa resguardar ambos os interesses, considerando os efeitos deletérios do tráfico de drogas na sociedade como um todo, crime de vitimização difusa, que se presta como mola propulsora a um sem número de outros delitos, como pequenos furtos, roubos, homicídios, corrupção de menores, etc.

A medida requerida possui natureza instrumental, pois visa, a um só tempo, apreender instrumentos que estejam sendo utilizados para práticas ilícitas, apreender objetos obtidos por meios criminosos, apreender as próprias substâncias em si, possibilitando, outrossim, como consectário lógico da natureza da investigação ora em andamento, a própria prisão em flagrante dos agentes que estejam traficando drogas ilícitas, dado o caráter permanente de alguns dos verbos nucleares previstos no art. 33, da lei nº 11.343/06, ou possuindo ou portando armas de fogo, nos termos do Estatuto do Desarmamento (lei nº 10.826/03), crimes que também possuem o mesmo caráter.

Pontue-se que a própria Constituição da República autoriza o ingresso no domicílio daquele que se encontra em flagrante delito, como ocorre, como regra geral, nos casos de tráfico de drogas e crimes previstos na lei nº 10.826/03, repise-se, dado o seu caráter permanente, na forma do art. 303, do CPP, tendo a autoridade policial, contudo, procedido com as cautelas necessárias, ao protocolar a presente representação, tendo em vista o direito fundamental em comento e a excepcionalidade da medida.

Há a presença do *fumus comissi delicti*, consoante a documentação acostada aos autos, revelando-se imperioso o deferimento do pedido, como forma de resguardar a saúde pública e a própria coletividade em geral, emergindo o *periculum in mora* dos próprios autos, visto que os representados são membros de uma organização criminosa, os quais poderão se desfazer das drogas e armas de fogo ou, até mesmo, continuar com a mercancia, expondo a perigo de lesão a integridade física alheia, consequência que se deve ao máximo evitar.

Nesse mesmo sentido, orienta-se o Douto Promotor de

Documento nº 01

Justiça, em sua manifestação de fls. 27/37, *in verbis*:

"(...). Como acima narrado, os suspeitos da autoria dos graves crimes foram reconhecidos por algumas das vítimas, corroborado pelas informações prestadas pelo Sr. CLEVIM (cf. relatório policial as fls. 16/18) de que a dupla HIAGO e CHUCHO lhe ofereceram armas (de pressão) para venda, indivíduos vinculados aos conhecidos irmãos traficantes (Julimar e Rodrigo) desta pequena cidade, revelando-se, assim, presença de múltiplos e fortes indícios de atuação de organização criminosa voltada para a prática dos crimes narrados na Representação apresentada pela autoridade policial.

14.2 Tais circunstâncias recomendam expedição de mandado de busca domiciliar contra os suspeitos/representados, tendo em vista a possibilidade de serem encontrados objetos roubados das vítimas, documentos, armas, munição, outros instrumentos ou bens subtraídos das vítimas ou empregados na ação dos assaltantes, facilitando a descoberta da autoria dos roubos que sistematicamente vem sendo praticados nesta comarca.

14.3 Por outro lado, MM. Juíz, bem sabemos que o delito de tráfico de entorpecentes é realizado - sempre- através de vasta rede e com elevado nível de organização para conseguirem sucesso em sua lucrativa atividade. Como sendo uma verdadeira empresa, com pessoas atuando em diferentes funções e tarefas. Assim, é plenamente previsível que os traficantes mantenham drogas e armas guardadas em suas residências e nas casas e terrenos vizinhos, impondo aos moradores-vizinhos que tolerem guardar drogas e armas em seus imóveis. Daí ser necessário a expedição de MANDADO DE BUSCA para o imóvel dos alvos, mas também EXTENSIVO aos IMÓVEIS VIZINHOS DE CADA LADO e EM FRENTE, que ora sugiro até dois imóveis para laterais e frontais referentes aos alvos, visando aumentar o raio da ação cautelar em buscas de drogas e armas.

14.4 Neste contexto, é recomendável a realização de buscas nas residências dos infratores para apreensão de material, instrumentos, objetos, documentos, utensílios referente aos crimes de tráfico de drogas, armas e munições, que tenham vínculos com os crimes de tráfico de drogas e outros delitos de resultados (crimes reflexos: receptação, furtos, roubos, pistolagem, etc...). (...)"



Quanto ao pedido de extensão às residências ou imóveis vizinhos, impõe-se o acolhimento do pedido formulado pelo Ministério Público, tendo em vista a própria estrutura da organização criminosa ora sob investigação, visto que, como se sabe, muitos destes agentes, devido ao seu grau de participação e envolvimento no comando do tráfico na região, sobretudo considerando sua periculosidade, fazem uso de outros endereços para guardarem substâncias ilícitas e/ou armas de fogo, ou com o envolvimento voluntário de terceiros ou sob coação, mediante intimidações, ameaças e outras ações do gênero, o que recomenda o deferimento da medida, visando aumentar o raio da operação.

V - DO DISPOSITIVO FINAL

Ante toda a fundamentação exposta, acolho os pedidos formulados pelo Delegado de Polícia Civil da Delegacia de Roubos e Furtos - DRF, assim como acolho a manifestação e os pedidos do Ministério Público, pelos seus próprios fundamentos, os quais também me reporto, *per relationem*, para:

I - DEFERIR as PRISÕES TEMPORÁRIAS de [REDACTED]

[REDACTED], nos termos em que postulados pela autoridade policial, pelo prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, nos termos do art. 2º, §4º, da lei nº 8.072/90.

II - DEFERIR a expedição de MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO do adolescente [REDACTED]

ficando decretada, outrossim, sua **INTERNAÇÃO PROVISÓRIA**, nos termos do art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo a autoridade policial, quando da apreensão do infante, apresentá-lo ao Ministério Público, na primeira oportunidade, para sua oitiva, consoante determina o art. 175, da lei nº 8.069/90.

III - DEFERIR a expedição dos MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR nos endereços constantes à fl. 08, dos autos, ficando autorizado o ingresso dos policiais nas residências ou imóveis vizinhos, até o máximo de dois, em cada lado (direito e esquerdo) e nos imóveis da frente, nos termos do pedido formulado pela autoridade policial e aditado pelo Ministério Público.

Após a efetiva prisão dos representados, que se realize o competente exame de corpo de delito, com a finalidade de se resguardar não só a integridade física de cada, mas a própria validade das medidas, evitando-se futura arguição de nulidade.

À Secretaria do Juízo, para a elaboração dos respectivos mandados, os quais deverão ser devidamente selados e subscritos pela autoridade competente.

fls. 22

Documento nº 01

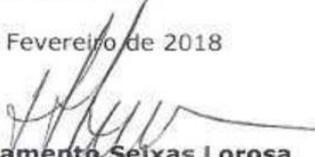
Ficam todos os envolvidos advertidos sobre a necessidade de manutenção do sigilo de todas as medidas ora autorizadas, para o resguardo de sua efetividade e de sua eficácia, sob as penas da lei.

Intime-se a autoridade policial.

Dê-se ciência ao Ministério Público.

Expedientes necessários.

Pacoti, 01 de Fevereiro de 2018


Diogo Sacramento Seixas Lorosa
Juiz Substituto - Titular

ANEXO B – MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

fls. 24

Documento nº 03



ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
VARA ÚNICA DA COMARCA DE PACOTI
Rua Padre Quiliano, nº 57, Centro, Pacoti/CE

CEP.: 62.770-000 – Fone/Fax: (85) 3325-1426 – E-mail: pacoti@tjce.jus.br



MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

Pedido de Busca e Apreensão nº 6021-94.2018.8.06.0138/0.

Requerente: Delegado Titular da DRF.

Réu: [REDACTED]

O Dr. DIOGO SACRAMENTO SEIXAS LOROSA, Juiz Substituto Titular da Vara Única desta Comarca de Pacoti, Estado do Ceará, por nomeação legal, etc.

MANDA aos Policiais Militares/Civis a quem for apresentado, que a vista deste, estando devidamente assinado, **PROCEDA A BUSCA E APREENSÃO** na residência do indivíduo: [REDACTED] vulgo "I. [REDACTED]" brasileiro, filho [REDACTED] e [REDACTED] residente e domiciliado na rua 105, s/n, Conjunto Planalto, Pacoti-CE, e nas residências/imóveis vizinhos, até o máximo de DOIS, em cada LADO e em FRENTE à aquele principal, a título de extensão. E, aí, sendo, depois de lhe ter lido e mostrado o presente mandado, **INTIME-O** para que, imediatamente, franqueie a entrada de sua casa e dos compartimentos internos, a fim de se dar busca e apreender armas de fogo, munições, ou qualquer outro objeto relacionado a fatos delituosos, que ao que consta, se acha aí, e, em seguida, procedam à mais rigorosa busca para o fim declarado, arrombando, se for necessário, as portas dos quartos e demais compartimentos e praticando todos os atos que julgarem indispensáveis para a efetivação da diligência, podendo prender em flagrante os residentes e empregar todos os meios legais para a execução deste mandado, de tudo lavrado o competente auto circunstanciado com a devida identificação do objeto da apreensão, das pessoas envolvidas nas diligências, data, hora, e local, que será assinado por duas testemunhas que tenham assistido à diligência desde o seu início, no prazo de 05 (cinco) dias. Fica advertida a autoridade policial da observância do disposto nos arts. 245 a 249, do Código de processo Penal.

Cumpra-se, na forma e sob as penas da lei. Dada e passado nesta cidade de Pacoti-CE, aos 01 (primeiro) dias do mês de fevereiro de 2018 (dois mil e dezoito).

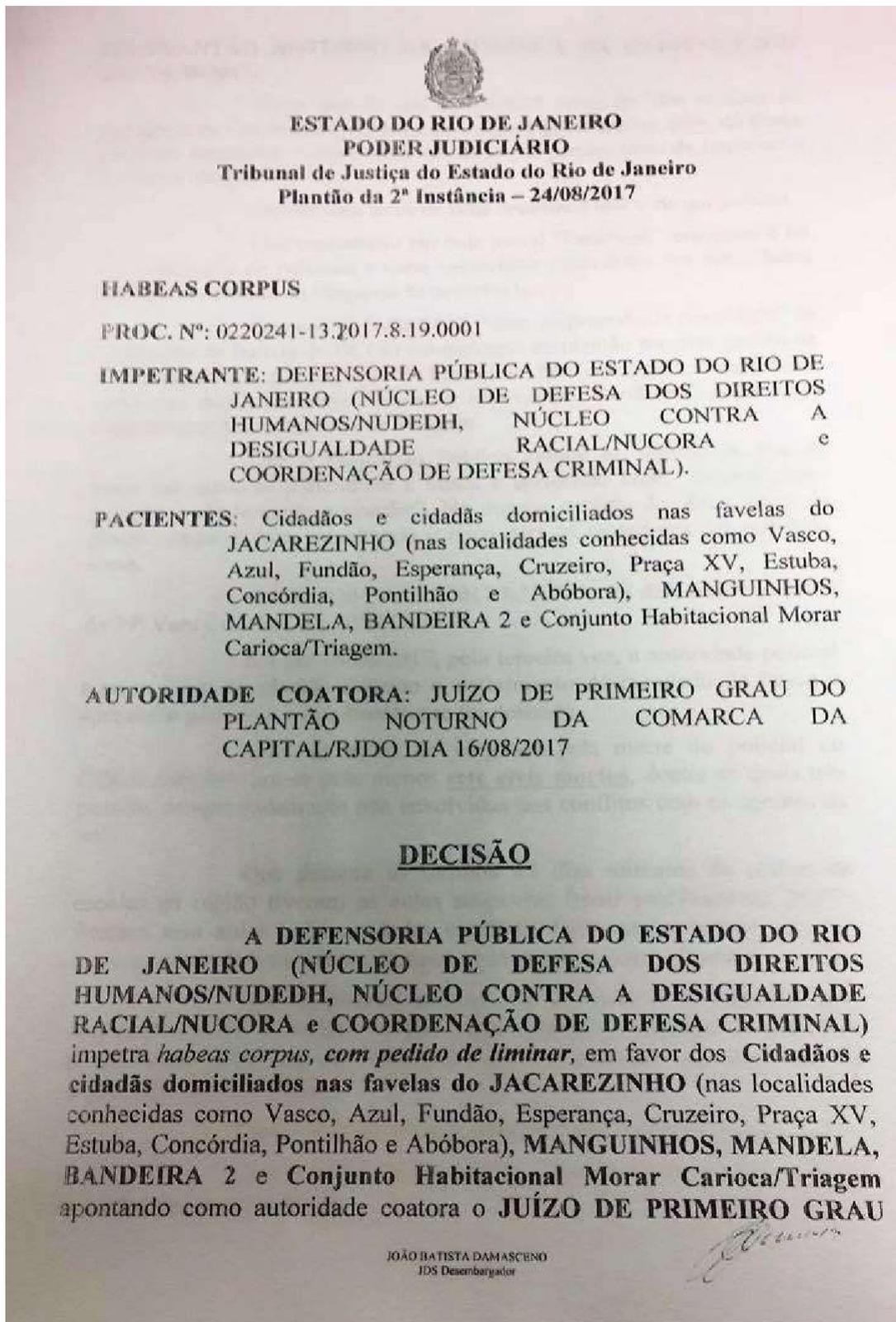
[Handwritten signature]
Diogo Sacramento Seixas Lorosa
Juiz Substituto Titular



Válido somente com selo de autenticidade

Recolha em 01/02/2018
[Handwritten initials]

**ANEXO C – DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO
(CASO DA COMUNIDADE DO JACAREZINHO)²⁸**



²⁸ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/desembargador-suspende-busca-apreensao.pdf>>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

**DO PLANTÃO NOTURNO DA COMARCA DA CAPITAL/RJDO
DIA 16/08/2017.**

Alega que no dia 11/08/2017 cerca de 200 homens da Delegacia de Combate às Drogas e de outras especializadas, além da Força Nacional buscavam cumprir dois mandados de prisão, além de impactar o tráfico de drogas.

Que de uma troca de tiros resultou a morte de um policial.

Que comentário em rede social "Facebook" provocou a ira e a indignação de policiais e narra entrevistas concedidas por autoridades policiais no sentido da vingança da ocorrência.

Que no dia 11/08/2017, "com surpreendente celeridade" os Delegados de Polícia da DCOD submeteram ao plantão noturno pedido de prisão temporária dos suspeitos do homicídio, bem como pedido de busca e apreensão domiciliar generalizada no Jacarezinho, Bandeira 2 e Conjunto Habitacional Morar Carioca de Triagem.

Que o Ministério Público opinou no sentido de que as áreas nas quais se pretendiam a busca e apreensão eram "*relativamente grandes e densamente povoadas*". No mesmo sentido decidiu a juíza de plantão naquela data, ressaltando o risco para os moradores das referidas áreas.

O feito 0204906-51.2017.8.19.0001 foi distribuído ao juízo da 39ª Vara Criminal em 14/08/2017.

No dia 16/08/2017, pela terceira vez, a autoridade policial buscou junto ao plantão noturno o deferimento de mandado de busca e apreensão genérico, o que finalmente foi deferido.

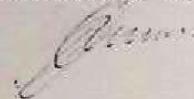
Que "as ações de vingança pela morte do policial do CORE contabilizam-se pelo menos **sete civis mortos**, dentre as quais três pessoas comprovadamente não envolvidas nos conflitos com os agentes da lei".

Que durante os últimos 12 dias milhares de alunos de escolas na região tiveram as aulas suspensas (mais precisamente 26.975 ficaram sem aulas e 64 unidades escolares fecharam) e outros serviços como a coleta de lixo, postos de saúde e transporte foram afetados.

Que o plantão noturno de 2º grau é competente para apreciar o pedido de *habeas corpus* e que o ato ilegal atacado foi proferido pelo plantão judiciário de 16/08/2017 e até o presente momento não foi distribuído ao Juiz Natural.

Que o *habeas corpus coletivo* é cabível em tal caso.

Que o mandado de busca e apreensão domiciliar coletivo se traduz em coação ilegal.



Invoca a Convenção Americana de Direitos Humanos, o art. 5º, X e XI da Constituição da República e diz que o mandado de busca e apreensão genérico violado o disposto no art. 243, I do CPP.

Diz que “o feixe de violações às normas mencionadas é evidente. Evidente é também o fato de que a maioria das áreas objeto das diligências não é alvo da persecução penal da qual se origina a ordem que pode lhes afetar. As diligências autorizadas de modo largo e ilimitado autorizam a conclusão de que essa maioria indeterminada deve estar a salvo de ‘ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência...’.

Ao final diz que “qualquer dos moradores das áreas afetadas pelas diligências podem ser surpreendidos pelas forças militarizadas responsáveis por seu cumprimento, sendo certo que **não há limites minimamente precisos (temporais, geográficos e de objeto), o que pode dar azo a verdadeiras devassas em residências e na vida privada. O periculum in mora é ainda mais evidente**”.

Requeru seja concedida ordem liminar de **SUSPENSÃO IMEDIATA** do cumprimento do mandado expedido pelo juízo plantonista intimando-se urgentemente as autoridades policiais responsáveis pelo comando da operação no local, por meio de Oficial de Justiça”.

A inicial veio acompanhada com cópia da representação da autoridade policial, manifestação do Ministério Público no sentido do indeferimento da pretensão, decisão em sede plantão que indeferiu a expedição de mandado de busca e apreensão genérico em 12/08/2017, representação da autoridade policial em 14/08/2017 dirigida ao juízo da 39ª Vara Criminal, despacho de declínio de competência do juízo da 39ª Vara Criminal datado de 15/08/2017, terceira representação da autoridade policial postulando deferimento de mandado de busca e apreensão genérico no dia 15/08/2017 e decisão da juíza plantonista do dia 16/08/2017 deferindo a medida requerida.

Veio igualmente acompanhando a inicial peças de procedimentos policiais decorrentes das incursões, fotografias e matérias jornalísticas alusivas à execução do mandado.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Dispõe o art. Art. 654 do CPP que “o **habeas corpus** poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”.

A Defensoria Pública é órgão estatal titular do direito de impetração de *habeas corpus* em favor daquele em nome de quem atue.

Dispõe o § 1º do referido artigo que “a petição de **habeas corpus** conterá a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça; b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor; c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências”.

As pessoas que estão sofrendo a coação, violência e ameaça estão suficientemente elencadas na inicial, quais sejam, os cidadãos e cidadãs que habitam nas áreas para onde foi deferido o mandado de busca e apreensão genérico.

O noturno de 2º grau é competente para apreciar o pedido de *habeas corpus* uma vez que não há feito distribuído em 2º grau.

O ato ilegal atacado foi proferido pelo plantão judiciário de 16/08/2017 e até o presente momento não foi distribuído ao Juiz Natural, razão pela qual o juízo que expediu a ordem impugnada está adequadamente indicado como autoridade coatora.

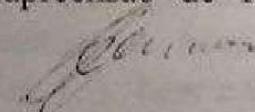
O plantão judiciário noturno não se traduz em órgão jurisdicional permanente. O órgão jurisdicional competente é o designado, de acordo com tabela elaborada pelo Tribunal de Justiça. No caso, a autoridade coatora é o juízo plantonista no dia em que o ato impugnado foi editado.

Que o *habeas corpus* coletivo é cabível em tal caso.

Dispõe a Constituição da República em seu art. 5º, LXVIII que “**conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder**”.

Presentes os requisitos objetivos e subjetivos para manejo da ação de *habeas corpus*. Passemos à análise da decisão contra a qual se insurge a impetrante.

Foi deferido mandado de busca e apreensão de forma genérica para as seguintes localidades:



1- Comunidade do Jacarezinho -

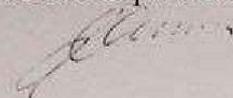
- 1.1- Localidade "Vasco" - Área Urbana localizada no perímetro interno compreendido entre a Travessa do Comércio, Travessa Macedônia, Rua São Paulo e Travessa Dom Jaime, conforme melhor visto no mapa acostado às fls.
- 1.2- Localidade "Azul" - Área Urbana localizada no perímetro interno compreendido entre a Rua Alibi, Rua Esperança, Rua Álvares de Azevedo e Rua dos Coqueiros, conforme melhor visto no mapa acostado às fls.
- 1.3- Localidade "Fundão" - Área Urbana localizada no perímetro interno compreendido entre a Rua Álvares de Azevedo, Rua Armando Sodré, Rua Esperança e Rua do Rio, conforme melhor visto no mapa acostado às fls.
- 1.4- Localidade "Esperança" - Área Urbana localizada no perímetro interno compreendido entre a Rua dos Comércio, Rua Esperança, Largo da Bacta e Rua Iza, conforme melhor visto no mapa acostado às fls.
- 1.5- Localidade "Cruzeiro" - Área Urbana localizada no perímetro interno compreendido entre a Rua São Paulo, Rua Darcy Vargas, Rua São Bento e Rua Armando Sodré, conforme melhor visto no mapa acostado às fls.
- 1.6- Localidade "Praça XV" - Área Urbana localizada no perímetro interno compreendido entre a Rua XV de Agosto, Rua Areal, Rua do Rio e Rua Darcy Vargas, conforme melhor visto no mapa acostado às fls.
- 1.7- Localidade "Estiaba" - Área Urbana localizada no perímetro interno compreendido entre a Rua Joaquim Silva, Rua Oliveira, Rua Comandante Graciano de Sá e Rua João Pinto, conforme melhor visto no mapa acostado às fls.
- 1.8- Localidade "Concordia" - Área Urbana localizada no perímetro interno compreendido entre a praça da Concorria, Rua Santa Luzia, Rua Vieira Fazenda e Rua Marques da Herval, conforme melhor visto no mapa acostado às fls.
- 1.9- Localidade "Ponilhão" - Área Urbana localizada no perímetro interno compreendido entre a Rua Nossa Senhora das Graças, Travessa Leão XIII, Campo da Cufa e Rua do Rio, conforme melhor visto no mapa acostado às fls.
- 1.10- Localidade "Abobora" - Área Urbana localizada no perímetro interno compreendido entre a Avenida Guanabara, Rua Engenheiro Gil Mota, Rua José Maria Belo e Travessa Leão XIII, conforme melhor visto no mapa acostado às fls.

2- Comunidade BANDEIRA 2 - Área Urbana localizada no perímetro interno das Ruas Domingos da Magalhães, Luisa Vale e da linha férrea, conforme melhor visualizado no mapa constante dos autos;

Trata-se de uma pequena localidade limítrofe à comunidade do Jacarezinho, apenas separa pela Av. Dom Helder Câmara, que serve de rota de fuga e local de honizio para traficantes do Jacarezinho, os quais utilizam-se de residências e estabelecimentos comerciais para a guarda de armas e drogas;

3- CONJUNTO HABITACIONAL MORAR CARIÓCA em TRIAGEM - Área Urbana localizada no perímetro interno das Ruas Conselheiro Maizink, Rua Projetada 06, Rua Bérnago e a linha férrea, conforme melhor visualizado no mapa que instrui o feito;

A ilustre juíza prolatora da decisão inicia seu despacho se referindo às localidades onde se desenvolveriam tais diligências narrando que *“policiais desta delegacia [sic] foram atacados com o uso de um artefato incendiário”*. Fundamenta sua decisão em relatório de autoridade policial dizendo que *“o desdobramento da presente operação possibilitará a investigação de outros crimes ocorridos, tentativa e homicídio qualificado, tráfico de drogas e associação ao tráfico (...), bem como o crime de resistência qualificada (...), na medida em que, tais ações, têm por finalidade intimidar as forças de segurança do Estado e provocar a*



morte de agentes públicos". De antemão já se depreende que não se trata de inquérito para a apuração de fato específico. Mas, de devassa para apurar quaisquer fatos ocorridos ou outros imaginados.

Em seguida narra a ilustre magistrada "*que houve novos ataques na tarde do dia 15/08/2017 o que levou esta delegacia [sic] a desmembrar o procedimento original que se encontra enviado à justiça, para através deste procedimento investigar estes novos delitos...*".

Alheio ao *locus* de se coloca a magistrada, tal como se estivesse em sede policial, é emblemático que tendo sido instaurado procedimento policial e tentado a busca e apreensão genérica e o feito distribuído a juízo no âmbito da Comarca da Capital o inquérito tenha sido desmembrando possibilitando novo despacho em plantão judicial noturno, quando foi deferido o pedido de busca e apreensão.

O desmembramento do inquérito não pode suprimir a competência originária e ensejar nova distribuição a outro juízo, fraudando o princípio do juiz natural. Desmembrado o inquérito, os procedimentos dele decorrentes devem ser encaminhados ao juízo originário que poderá apreciar sua competência para todos eles ou declinar da competência.

Narra a decisão que "*chegou através de 'WhatsApp', a informação de que, diante da trágica morte de um pai de família, policial civil dos mais honrados, que o tráfico local organizara um BAILE FUNK EM COMEMORAÇÃO À MORTE DESTA POLICIAL DA CORE*". A decisão não descreve quem recebeu a mensagem, não transcreve seu conteúdo e não indica o número do aparelho celular de onde teria sido enviada. Mas, faz constar que "*de posse de tal informação, organizou-se uma operação em poucas horas que contou com o grupo formado por policiais voluntários de várias delegacias especializadas como também de forças amigas como a POLICIA FEDERAL e POLICIA RODOVIÁRIA FEDERAL, através de suas equipes de elite*". O fato narrado merece apuração pelo Ministério Público. A atuação voluntária de grupos formados por "forças amigas", sem comando institucional, denota anomalia no funcionamento do sistema de segurança e descontrole compatível com o caos administrativo que vivencia o Estado do Rio de Janeiro. A mais remota notícia de 'caçada' desta natureza resultou no assassinato de Manoel Moreira, mais conhecido como Cara de Cavalo, em 03/10/1964, acusado do assassinato do policial Milton Le Cocq. Posteriormente se descobriu que as dezenas de tiros disparados por policiais de instituições diversas, e até por 'repórteres policiais' contra Cara de Cavalo vitimou pessoa que não era o autor da morte do detetive. Mas, de tal junção de 'forças amigas' resultou numa organização policial clandestina, criada para vingar tal morte, e que continuou atuando no Rio de Janeiro e Espírito Santo durante os anos de chumbo até data recente.

Diz a ilustre magistrada plantonista que “*esclarece Autoridade representante, que após análise profunda das informações de inteligência, verificou-se que os pontos principais da diligência pretendida – busca e apreensão – são:*”. Em seguida passa a detalhar as comunidades e localidades a serem objeto das buscas.

Em distintos parágrafos a decisão faz alusões a “*informes de inteligência*” (§ 7º), “*trabalho de inteligência*” (§ 18), e se chega a narrar “*análise profunda das informações de inteligência*” (§ 21). Ora, a existência de tais atividades profundas dos serviços de inteligência dispensa o deferimento de tal gravosa ordem de busca e apreensão genérica, podendo atender ao comando legal de especificação da moradia a ser legalmente molestada.

Diz a decisão que “*nos sistemas normativos jurídicos, na hipótese de perturbação interna ou externas, é exigível a estabilização por regras de calibração que permitem [SIC] um câmbio momentâneo de padrão de funcionamento em troca da manutenção do sistema normativo jurídico: de um padrão de legalidade passa-se a um padrão de efetividade, voltando-se me [SIC] seguida, ao padrão de legalidade*”. Aparentemente o que se depreende de tal texto é que em determinados lugares ou determinados momentos os agentes públicos estariam autorizados a atuar à margem da lei, o que não se permite aos demais membros da sociedade.

Dispõe o art. da Constituição que “*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*”, dentre outros, a cidadania. No Estado de Direito o aparato legal se consubstancia numa estrutura garantista das liberdades em face das opressões, inclusive do Estado, limitando sua intervenção na esfera de liberdade e na vida privada. Diversamente, os modelos autoritários, dentre os quais se incluem os Estados Policiais, inexistem limites para a intervenção estatal na vida dos cidadãos e tudo pode ser realizado em nome de conceitos indeterminados como “interesse público”.

Mas, num Estado de Direito em momento algum os agentes públicos estão autorizados a saírem do “*padrão de legalidade*” e passarem a um “*padrão de efetividade*”, sob pena de se igualarem aos que à margem da lei são alvos da ação do Estado. Afinal, à margem da lei todos são marginais.

Em outro trecho diz a ilustre magistrada que “*num quadro de instabilidade fática, a insistência em uma interpretação meramente dogmática, não zetéica, ocasionará a ruptura do sistema normativo, pela desconfirmação, deslegitimação das normas, em especiais penais, com consequente revolução*”. Mas, não se afirma a ordem jurídica negando sua existência. Não se afirma o Estado de Direito atuando contrariamente a

ordenamento jurídico. Juízes não estão autorizados a atuar à margem da lei. Igualmente não detêm o poder de autorizar que outros atuem marginalmente à lei, ainda que movidos com boas intenções.

As matérias de jornal citadas na decisão para justificar a concepção de “*revolução da delinquência*” não podem se sobrepor à ordem jurídica e afrontar textualmente a Constituição da República.

Em outro trecho faz-se referência aos “*becos aleatórios e acidentados*” das favelas e bairros da periferia onde o mandado de busca e apreensão genérico há de ser cumprido. A generalização que até então era jurídica transmudou-se para generalização geográfica, pois as áreas referidas no mandado são planas. Mas, pelo visto trata-se de decisão inspirada nas incursões em favelas situadas nos morros da cidade.

A decisão judicial que deferiu mandado de busca e apreensão genérico em quase todas as localidades da comunidade do Jacarezinho, da comunidade Bandeira 2 e de todo do Conjunto Habitacional Morar Carioca em Triagem é flagrantemente contrária à lei e à Constituição da República.

Dispõe o art. 240 do Código de Processo Penal sobre a possibilidade de busca domiciliar ou pessoal. O § 1º do referido artigo dispõe que a busca domiciliar será autorizada quando houver fundadas razões que a autorizem e deve ter as seguintes finalidades: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção.

Visando a apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato e colher qualquer elemento de convicção é admissível também a busca pessoal conhecida como “*revista à pessoa*”.

Mas, seja na busca domiciliar ou na busca pessoal não bastam meras suspeitas. A lei exige fundadas razões, ou seja, a presença

elementos suficientes que denotem que determinado domicílio ou pessoa possam ser objeto da elucidação de fato especificamente narrado. Não bastam generalizações abstratas de “combate ao crime” ou “guerra ao tráfico” ou “impedimento de futuro caos”.

Dispõe o art. 243 do CPP que o mandado de busca deverá “indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem”.

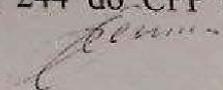
Se há determinação legal para especificação da casa onde há de ser realizada a diligência o mandado genérico se traduz numa ilegalidade.

Por outro lado, o § 2º do referido artigo dispõe que “não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito”. Assim, o mandado de busca pessoal não compreende o poder de retenção de coisas. Nem mesmo do aparelho celular, salvo se do mandado constar sua possibilidade.

O mandado de busca genérico em diversas favelas e bairros da periferia e a autorização para apreensão de tantos celulares quantos forem encontrados com os moradores de tais áreas é grave violação à ordem jurídica.

Temos naturalizado a prática ilegal das “revistas pessoais” e que no presente momento têm sido executadas – ao arrepio do art. 142 da Constituição da República - até mesmo pelo Exército Brasileiro em mães e crianças em portas de escolas, conforme fotografias e filmes que se difundem socialmente. Mas, o art. 244 do CPP dispõe que “*a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar*”. G.N. Portanto, a busca pessoal não se legitima com a mera suspeição ou quando indistintamente realizada. A lei exige que a suspeição fundamentada e a presença dos requisitos que elenca.

Se a lei determina que mandado judicial para busca domiciliar somente seja deferido quando houver “*fundadas razões*”, para procurar pessoas, coisas ou objetos, que tenham relação com fato concreto descrito não pode ser deferido se não estiver presente tal requisito. As “*fundadas razões*” tratadas como requisito no art. 244 do CPP não se



confundem com “*meras suspeitas*” pelo fato de serem todos os moradores das favelas similares em suas condições precárias de vida. Há que se ter motivos concretos, fortes indícios da existência de elementos de convicção (seja da acusação, ou da defesa), que se possam achar na casa, a qual se pretenda adentrar. No caso em análise, sequer há que se falar em suspeita

Dispõe o § 2º do art. 245 sobre a possibilidade de arrombamento de portas e entrada forçada para a busca domiciliar, quando houver resistência ao cumprimento do mandado legalmente expedido. E no interior do domicílio é autorizado o emprego da força contra coisas existentes, para o descobrimento do que se procura, e o morador não dispuser atender à busca. Desta forma, o “*pé na porta dos barracos*” não está autorizado legalmente se o morador atender à determinação de franqueamento do domicílio específico onde houver que se realizar a busca. Igualmente não está legalmente autorizado o “*sacode*” que se traduz no ato de jogar todas as coisas do morador no chão e por vezes até misturando os gêneros alimentícios, alguns dos quais de impossível separação como sal e açúcar.

Mesmos as buscas em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade deve atender aos requisitos dispostos para a busca domiciliar. É o que dispõe o art. 246 do CPP.

Dispõe o art. 248 do CPP que “*em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência*”. A autorização para busca domiciliar não se pode traduzir em ato de “*vandalismo oficial*” contra a casa especificamente descrita no mandado, nem incômodo desnecessário aos moradores. O mandado genérico direcionado à integralidade das casas situadas em favelas, em comunidades existentes no seu seio e em bairros da periferia não só provoca o incômodo generalizado no âmbito de tais moradias quanto no cotidiano das próprias comunidades.

Diversamente do que se difunde por fotografias e vídeos, que se traduz em fato notório e portando de comprovação inexigível, dispõe o art. 249 do CPP que a busca em mulher será feita por outra mulher. O mandado genérico de busca domiciliar e pessoal não ressalva tal direito à intimidade das mulheres que moram nas favelas e o que se tem visto são abusos que tangenciam a bolinação praticados por homens fardados e fortemente armados contra mulheres com seus filhos no colo ou com avós e seus netos a caminho de creches, escolas ou supermercados.

Por seu turno, dispõe a Constituição da República em seu art. 5º, XI que *“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”*.

Por expresse mandamento constitucional a moradia é inviolável. Somente em três situações se autoriza a entrada sem o consentimento do morador: 1) em de caso de flagrante delito ou desastre; 2) para prestar socorro e 3) por determinação judicial.

Incabível o fundamento de que *“a representação pela busca e apreensão residencial, segundo a Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XI, a casa é o asilo inviolável do indivíduo, razão pela qual a própria Lei Maior estipula em que casos excepcionalíssimos essa garantia individual poderá ser suplantada pelo interesse coletivo”*. Ora, a própria decisão reconhece que somente nos três casos excepcionados na Constituição a regra da inviolabilidade do domicílio é excepcionada. E uma delas é a determinação judicial precisamente regulamentada pela lei ordinária. Fora disto, o que se tem é abuso de autoridade.

A determinação judicial aludida na Constituição, nos expressos casos regulamentados no art. 240 e seguintes do CPP, não se pode traduzir em autorização para devassas ou buscas indiscriminadas.

É inconcebível que a *“para o sucesso da investigação criminal, sobrepondo-se o Interesse Público, no presente caso, ao Interesse Particular, o que legitima a presente decisão, até porque o procedimento revela a prática de crimes graves, hediondos, que, inclusive, ocasionaram a morte do policial BRUNO GUIMARÃES GUHLER, no dia 11.08.2017”*. Ao contrário do que se afirma na decisão o sistema de garantias constitucionais se impõe precisamente em favor do indivíduo contra o Estado e sua atuação em prol do indeterminado conceito de interesse público, contra interesses do poder econômico e mesmo de maiorias circunstanciais. Daí é que inscritos no título dos direitos e garantias fundamentais, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos.

A inviolabilidade do domicílio é direito individual fundamental garantido por mandado de segurança ou habeas corpus oponível aos agentes públicos, mesmo quando atuem fundados em suposto interesse público. O sistema de garantia constitucional consagra o direito do indivíduo contra as maiorias e o Estado e não se pode atuar além das exceções dispostas constitucionalmente, sob pena de violação da ordem legal.

É falaciosa a fundamentação de que *“aos moradores de jecaré [SIC], para além do direito da inviolabilidade do domicílio, deve ser garantido o direito à segurança pública e o direito à liberdade*

cerceados pela nefasta organização criminosa". Não se pode pretender suprimir direito de quem o detenha a pretexto de garantir outros direitos. A "liberdade" e a "segurança pública" prometidas com a violação do direito constitucional de inviolabilidade de domicílio se traduz em figura retórica, pois se sacrifica um direito concreto em prol de uma abstração.

Além disto, a busca e apreensão autorizadas legalmente, há de visar a elucidação de fato criminoso, ou seja, ocorrência concreta. O fundamento de que "*o desdobramento da presente operação policial, como bem ressaltado na representação, possibilitará a investigação de outros crimes ocorridos na região...*" caracteriza devassa e instauração de procedimento para apurar elucubrações.

Da lavra do Ministro Eros Grau temos a seguinte lição sobre indevido combate à criminalidade; ética, neutralidade, independência e imparcialidade do juiz, bem como afronta às garantias constitucionais pela edição de mandados de busca e apreensão genéricos, *in* HC 95.009/SP:

"COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é por um lado a divisão do trabalho; por outro a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I).

"ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo - quando o exijam a Constituição e a lei - mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele

submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe.

“AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica "devassa". Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que "é inviolável o sigilo da correspondência" (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou "deletada", é neles encontrada? E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente privará a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a sua prisão. A garantia constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros”.

(HC 95009 / SP - SÃO PAULO - Habeas corpus, Relator: Min. EROS GRAU - Julg.: 06/11/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

É flagrante a ilegalidade do mandado de busca e apreensão expedido em desatendimento ao ordenamento jurídico, eivando de vício toda a prova colhida em decorrência de seu cumprimento.

Por outro lado, é preciso salientar que o cumprimento de ordem manifestamente ilegal não exime o agente da responsabilidade penal. Assim, embora não se possa falar na possibilidade da responsabilização do agente político que autorizou a diligência eivada de ilegalidade, não está afastada – ao menos em tese – a possibilidade de responsabilização do agente administrativo que sabendo ilegal a conduta a executou.

A busca e apreensão domiciliar por se tratar de grave violação de direitos fundamentais, deve observar estritamente os requisitos formais estabelecidos em lei para sua legitimação. Tal diligência implica sacrifício dos direitos fundamentais da inviolabilidade do domicílio, da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da vida privada. Não se pode deferi-la em prol de abstrato direito à liberdade e em nome da segurança pública. A liberdade, para o particular, é o direito de buscar e fazer tudo que e a outrem não prejudique e não esteja vedado por lei. Diversamente, o agente público somente pode fazer o que a lei manda. E deve fazer o que a lei manda. Trata-se de um poder-dever.

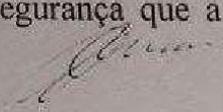
Neste sentido o deferimento da busca e apreensão domiciliar, capaz de legitimamente suprimir tais garantias constitucionais, deve ser devidamente fundamentado em fatos concretos e adstrito à moradia onde deve ser cumprido, não bastando descrições abstratas de “crimes que se comentem por lá” ou descrição genérica de localidades.

O padrão genérico e padronizado com que se fundamentam decisões de busca e apreensão em ambiente domiciliar em favelas e bairros da periferia – sem suficiente lastro probatório e razões que as amparam – expressam grave violação ao direito dos moradores da periferia. A busca e apreensão domiciliar somente estará amparada no ordenamento jurídico se suficientemente descrito endereço ou moradia no qual deve ser cumprido em relação a cada uma das pessoas que será sacrificada em suas garantias. E, ainda que não se possa qualifica-la adequadamente é necessário que os sinais que a individualize sejam explicitados.

No presente caso, temos um mandado judicial genérico, expedido com eficácia territorial ampla, geograficamente impreciso, que não se preocupa em determinar o fato concreto a ser apurado.

Pelo seu alto grau de dano a valores constitucionais, é absolutamente inadmitido o mandado genérico para tantas comunidades quanto são descritas na decisão recorrida. Faz-se imprescindível que a decisão e o mandado determinem qual a correlação dos indícios probatórios que se pretendem obter com a invasão de cada um dos domicílios a serem buscados. E, isto, não ocorreu.

A ilustre magistrada, no seu afã de colaborar com as políticas de segurança – diante do quadro de insegurança que a caótica



política de confronto fez elevar o patamar da violência na cidade -, discorre de modo sobre possibilidade de afastamento da ordem jurídica para tal ação estatal, como se os agentes públicos fossem autorizados a atuar à margem da lei para "fazer o bem". Louvável sua preocupação. Mas, ilegal.

O abandono das regras e dos princípios jurídicos não é permitido nem tempo de paz contra os cidadãos, nem em tempo de guerra contra os inimigos. Mesmo as guerras têm as suas leis e os Estados que as violam cometem crimes de guerra. Ainda que o "Direito de Guerra" faça prevalecer a força do canhão, aos combatentes não se admite a violação dos marcos civilizatórios que autorizam tais conflitos. Não pode o Estado atuar contra os seus cidadãos com violação tamanha aos seus direitos, incompatível com

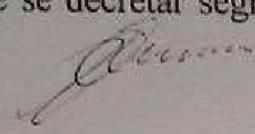
A existência do poder judiciário somente se justifica para a garantia daqueles que tenham suas esferas jurídicas violadas, seja pelo poder econômico representando pelas corporações, seja pelas ilegalidades e abusos de poder quando perpetradas pelo Estado ou seus agentes em atuação à margem da lei.

Agentes políticos do Estado encarregados de exercer a jurisdição, quando se aliam aos agentes da segurança pública em prol da execução de políticas públicas, deslocam-se de seu lugar de atuação e se tornam coautores das violações. E as "boas intenções" e preocupação com a segurança não pode retirar o julgador do seu lugar equidistante dos interesses em conflito e colocá-lo ao lado das forças de segurança a ponto de despachar como se estivesse no âmbito de uma delegacia policial.

Tenho que o mandado de busca e apreensão genérico nas favelas e bairros da periferia elencados na decisão está eivado de vício que o torna ilegal, bem como violar da ordem constitucional pelo que deve ser 'revogado', uma vez que tal ilegalidade e inconstitucionalidade contaminam todos os indícios probatórios colhidos e nele lastreados.

ISTO POSTO, defiro a liminar para **SUSPENSÃO IMEDIATA** do cumprimento do mandado expedido pelo juízo plantonista, intimando-se as autoridades policiais responsáveis pelo comando da operação nos locais indicados no referido mandado, por meio de Oficial de Justiça.

Ante disposto no art. 20 do CPP que dispõe sobre a natureza sigilosa do inquérito policial no que que for necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade não há que se decretar segredo de justiça.



Recolha-se o mandado de busca e apreensão expedido.
Autorizo o juízo em exercício no plantão judiciário noturno
desta data expedir os atos necessários à execução da presente decisão.

Rio de Janeiro, 25 de agosto de 2017, às 00h01min


JOÃO BATISTA DAMASCENO
JDS DESEMBARGADOR em regime de plantão