

O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL E A QUESTÃO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO

CONSTITUTIONAL CRIMINAL PROCEDURES AND THE ISSUE OF
COLLECTIVE SEARCH WARRANTS

Antonella Spinelli Paciello

*Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola do Ministério
Público do Estado de Santa Catarina
Advogada*

Henrique da Rosa Ziesemer

*Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo geral debater a inviolabilidade constitucional do domicílio, estimando direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. Para isso, são descritos os referidos direitos e garantias fundamentais, definindo ainda o mandado de busca e apreensão e o mandado de busca e apreensão coletivo. Discute-se, por fim, o crime organizado e seu combate, mencionando a recente intervenção federal decretada no Rio de Janeiro e o suposto conflito entre direitos individuais e a segurança pública. Perquiriu-se, como escopo, uma conclusão a respeito da constitucionalidade do mandado de busca e apreensão genérico, ante o embate aparente entre direitos individuais e coletivos, entendendo-se que o direito à inviolabilidade do domicílio não é absoluto.

Palavras-chave: Direitos e garantias fundamentais. Mandado de busca e apreensão. Inviolabilidade do domicílio. Mandado de busca e apreensão coletivo. Segurança pública. Crime organizado. Conflito entre princípios.

Abstract: The general objective of this article is to discuss the constitutional inviolability of the domicile, as well as of other fundamental rights and guarantees set out in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. To this end, the fundamental rights and guarantees are described, and individual and collective search warrants are defined. Finally, organized crime and the fight against it are discussed, mentioning the recent federal intervention carried out in Rio de Janeiro and the supposed conflict between individual rights and public safety. The goal is to reach a conclusion regarding the constitutionality of collective search warrants, in light of the apparent clash between individual and collective rights.

Keywords: Fundamental rights and guarantees. Search warrant. Inviolability of the domicile. Collective search warrant. Public security. Organized crime. Conflict between principles.

Enviado em: 19-02-2019

Aceito em: 08-05-2019

INTRODUÇÃO

Após recente decretação da intervenção federal no Rio de Janeiro, o Ministro da Defesa à época, Raul Jungmann, reacendeu o debate a respeito da constitucionalidade dos mandados de busca e apreensão coletivos quando declarou que estes poderiam ser necessários em razão da distribuição geográfica da cidade do Rio.

Sabe-se que os mandados de busca e apreensão coletivos são assim chamados porque não especificam a residência em que se dará a busca, tampouco o objeto desta. Nesses mandados, uma área de abrangência é delimitada para que o executor da ordem possa adentrar em diversas casas de um bairro, por exemplo.

Sob o argumento de combate às organizações criminosas que se infiltram em favelas brasileiras, substituindo o Estado e se opondo a ele, questiona-se cada vez mais a possibilidade de relativizar direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa Brasileira em detrimento do direito à segurança também assegurado nos arts. 5º e 144, da CF.

Entre os direitos e as garantias fundamentais relativizados estão a incolumidade física e moral do indivíduo (art. 5º, inc. III), a intimidade e a vida privada (art. 5º, inc. X) e a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inc. XI), os quais são tutelados também por relevantes tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Por meio de pesquisa documental e bibliográfica, aliada a um método de abordagem indutivo, o artigo almeja alcançar uma resposta quanto à possibilidade do mandado de busca e apreensão genérico no Direito Processual Penal, tendo em vista que não há previsão legal deste instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Essa análise se dará por meio de duas seções. A primeira definirá o Processo Penal Constitucional, contendo uma subseção que descreverá os direitos e as garantias fundamentais e as questões de conflito entre estes e outros direitos e garantias.

A segunda seção abordará as provas no processo penal, tendo destaque o mandado de busca e apreensão como forma de obtenção da prova, suas características, seu fundamento e suas hipóteses de cabimento.

Por derradeiro, o cerne deste artigo será trabalhado no desdobramento da segunda seção, analisando a recente intervenção federal ocorrida no Rio de Janeiro como forma de combate ao crime organizado e a aventada hipótese da busca e apreensão coletiva.

1 DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

O Processo Penal Constitucional é uma matéria em constante busca pelo equilíbrio entre os interesses estatais na persecução criminal e os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Portanto, o Processo Penal mostra-se historicamente oscilante, visto que reflete a concepção política vigente em um país em uma determinada época, que, por vezes, alterna entre ideais de eficiência repressiva e proteção às garantias do indivíduo (FERNANDES, 2012, p. 23).

Enriquecendo o conceito dessa interferência política nos “fenômenos penais”, amalha-se comentário de Jakobs e Meliá a respeito da utilização do ordenamento jurídico para a manutenção do poder:

Para tanto, inclusive, podem chegar a estar integrados em estratégias técnico-mercantilistas de conservação do poder político, chegando até a criação consciente na população, de determinadas atitudes no que tange aos fenômenos penais que posteriormente são “satisfeitas” pelas forças políticas. (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 65).

A doutrina entende ainda que o Processo Penal é instrumento para a realização do Direito Penal, devendo estar atrelado a preceitos constitucionais, tanto substancialmente quanto instrumentalmente, sendo imprescindível que a restrição à liberdade do indivíduo se dê em observância ao princípio do devido processo penal:

E tudo isso, com o pleno vigor de três postulados básicos, quais sejam os atinentes à inadmissibilidade de sujeição à *persecutio criminis* sem que tenha ocorrido a prática de fato típico, antijurídico e culpável, e haja, correlatamente, indícios de autoria (*nulla informatio delicti sine crimen et culpa*); à jurisdicionalização da imposição de pena ou de medida de segurança (*nulla pena sine iudicio*); e à vedação de realização satisfativa do *ius puniendi*, provisória ou definitivamente, antes de transitada em julgado sentença condenatória (*nulla executio sine titulo*). (TUCCI, 2011, p. 66).

O devido processo legal, corolário do devido processo penal, teve origem em 1215, ano em que fora outorgada a Magna Carta inglesa por João Sem-Terra a seus barões. O art. 39 do referido texto constitucional delineava o *law of the land*, posteriormente chamado de *due process of law*, como é conhecido até a atualidade. (FERNANDES, 2012, p. 51).

O *due process of law* limitou o poder estatal e foi abarcado constitucionalmente nas Emendas V e XIV dos Estados Unidos da América do Norte, integrando posteriormente as garantias previstas inclusive nas Constituições italiana, portuguesa, espanhola, alemã e belga. (FERNANDES, 2012, p. 51).

Posteriormente, no século XVII, surgiu na Europa o movimento iluminista, que influenciou o direito penal ao tutelar bens jurídicos individuais e consolidar o princípio da *ultima ratio*, ou intervenção mínima. Denominou-se direito penal liberal, pois teve influência do Estado Liberal burguês, intervindo minimamente na liberdade dos indivíduos. (SILVA NETO, 2015, p. 29).

Nesse ínterim, consolidou-se o princípio da proporcionalidade, elaborado na Alemanha e influenciado por ideais jusnaturalistas e iluministas, visando preservar o indivíduo das arbitrariedades do Estado pela ponderação da necessidade, da justiça e da adequação da medida aplicada. (FERNANDES, 2012, p. 57-8).

No entanto, a teoria garantista e o direito penal mínimo, elaborados durante o Iluminismo, perderam, ao longo dos séculos, espaço para modelos penais autoritários e substancialistas, originários de doutrinas pós-iluministas, como bem pontua Ferrajoli (2002, p. 185).

Destarte, ganhou força o chamado “Direito Penal do Inimigo”, evocado principalmente contra o terrorismo, consubstanciado no fato de que o indivíduo criminoso possui comportamento transviado, não merecendo ser tratado como cidadão, prevalecendo para este último a tutela de seu direito à segurança. (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 49).

Atualmente enfrentam o Direito Penal, Processual Penal e Execução Penal a difícil tarefa de debelar a criminalidade organizada, fato que, para Fernandes (2012, p. 32) e Nucci (2016, p. 79), é representado pela necessidade de se estabelecerem limites ao sistema repressivo, de modo a não lesar os direitos e as garantias individuais. Fernandes (2012, p. 23) elucida ainda que não há se falar em colisão “[...] entre eficiência e garantismo no processo penal”, visto que, “[...] em uma visão moderna, esses dois vetores não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo”.

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROCESSO PENAL

Consoante já abordado no tópico anterior, o Estado exerce dupla função no âmbito da jurisdição penal, sendo “[...] detentor, de um lado, do poder-dever de punir; e de outro, o assegurador dos direitos e garantias individuais e, algumas vezes, o exercício das duas atividades estatais pode provocar conflito ou colisão de direitos”. (PITOMBO, 2005, p. 52).

Definidos os direitos fundamentais do indivíduo, as garantias correspondentes devem ser estabelecidas de imediato, para que a proteção de ambos se dê “[...] mediante atuações judiciais, tanto quanto possível rápidas, prontas e eficazes”. (TUCCI, 2011, p. 55).

Destaca-se que o Brasil foi o primeiro a tutelar os direitos do homem em sua Constituição imperial, de 1824, anos antes da promulgação da Constituição da Bélgica, suposta pioneira em garantir esses direitos (SILVA, 1990 apud FERNANDES, 2012, p. 23). Progressivamente, os países se comprometeram a assinar declarações que albergavam direitos básicos do indivíduo, ampliando as garantias da tutela. (FERNANDES, 2012, p. 23).

Essas declarações, ou tratados internacionais, quando aprovados, “[...] tornam-se leis internas com status hierárquico superior às leis ordinárias”, relembrando Pitombo (2005, p. 59), que “[...] o processo penal rege-se, de modo prevalente pelo Código, ressalvados os tratados, as convenções e as regras de direito internacional (art. 1º, do CPP)”.

Dentre as diversas declarações ratificadas pelo Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, corroborou sobremaneira para salvaguardar a tutela da casa e o respeito à integridade física e moral do indivíduo, por exemplo. (PITOMBO, 2005, p. 59).

Robert Alexy preleciona que “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”. O autor aborda a importância do chamado “sopesamento” ao dizer que “quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico” (ALEXY, 2011, p. 117):

Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas

de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. (ALEXY, 2011, p. 118).

Na mesma seara, está o exemplo trazido por Silva Neto (2015, p. 27) do entendimento esposado pelo STF no julgamento do MS 23.452/RJ, em que se relativizam os direitos e garantias individuais quando em conflito com a ordem pública e direitos e garantias de terceiros:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (BRASIL, 1999).

Há casos, entretanto, que a própria Constituição estabelece limites ao direito fundamental com o intuito de restringir esses conflitos, como no exemplo da inviolabilidade domiciliar, em que foram previstas exceções, fundadas no direito dos indivíduos à segurança (arts. 5º e 144, da CF). (SILVA NETO, 2015, p. 27).

A esse respeito, Nucci (2016, p. 69) entende não haver conflitos entre “[...] esses direitos, pois se está apontando o gênero (direitos humanos) e a espécie (segurança individual)”. De fato, muitos apontam os direitos humanos como óbice à segurança pública e à atuação policial, porém, o autor pontua que a política criminal e seu bom funcionamento devem ser imputados aos governantes. (NUCCI, 2016, p. 59).

2 DAS PROVAS NO DIREITO PENAL

Sob o manto dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição da República Federativa Brasileira prevê expressamente em seu art. 5º, inc. LVI, a

vedação de provas obtidas por meios ilícitos (BRASIL, 1988). No entanto, o já citado princípio da proporcionalidade vem ganhando espaço quando o assunto é a flexibilização do inc. LVI, do art. 5º, perante alguma outra garantia constitucional relevante (FERNANDES, 2012, p. 92):

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos. (FERNANDES, 2012, p. 89).

Com o mesmo fundamento, qual seja, o de resguardar os direitos e garantias individuais dos cidadãos dos excessos cometidos principalmente em ações de busca e apreensão, originou-se, na América do Norte, a teoria das *exclusionary rules*, a qual considera nula qualquer prova obtida em dissonância com esses direitos e garantias. (MENDRONI, 2015, p. 266).

Surge então a teoria do “fruto da árvore contaminada” (*fruits of the poisonous tree*) a partir do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*, sendo entendida, posteriormente, como passível de exceções. Dentre essas, mostra-se relevante a ressalva de que “a evidência pode ser admitida se a acusação demonstrar que ela seria inevitavelmente obtida por outro meio, mesmo que aquela conduta que a obteve não houvesse sido praticada”. (GARLAND; STUCKEY, 2000 apud MENDRONI, 2015, p. 270).

Essa prova, quando ilícita, pode ainda ser admitida quando “outros elementos indiciários” justifiquem a acusação, o que não se dá quando a prova serve de sustentáculo para a denúncia, não podendo o Ministério Público utilizá-la. A doutrina exemplifica que, caso a apreensão de uma substância entorpecente seja feita de forma ilícita e essa seja a única prova, não há falar em materialidade do crime. (FERNANDES, 2012, p. 97).

Merece especial atenção a obtenção da prova na busca e apreensão, principalmente porque esta tangencia a garantia de intimidade, exigindo observância ao devido processo legal e a previsão legal dos meios de prova para evitar extremismos, haja vista que essa prova fundamenta o convencimento judicial na decisão da causa. (TÔRRES, 2004, p. 125).

2.1 DA BUSCA E APREENSÃO

A busca e a apreensão estão previstas na Constituição Federal e se relacionam diretamente à incolumidade física e moral do indivíduo (art. 5º, inc. III), à intimidade e à vida privada (art. 5º, inc. X) e principalmente ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inc. XI) (BRASIL, 1988). Pitombo (2005, p. 51) lembra ainda que “[...] o desprezo das aludidas normas atinge, também, duas outras garantias constitucionais: ‘devido processo legal’ e a inadmissibilidade, no processo, das ‘provas obtidas por meio ilícito’ (art. 5º, inc. LIV e LVI)”.

Apesar de aventada pela doutrina pátria, a violação da intimidade não possui tutela legal, sendo que o conjunto dos “preceitos legais” de “inviolabilidade da casa”, de “respeito à intimidade, à vida privada e à integridade física e moral visam proteger a intimidade pessoal e a vida privada”. (PITOMBO, 2005, p. 87).

No que concerne à inviolabilidade do domicílio, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal diferenciam-se em seu texto legal quanto às hipóteses excepcionais de cabimento. Enquanto o texto constitucional amplia o objeto no inciso XI do art. 5º, que diz “salvo em caso de flagrante delito” (BRASIL, 1988), o Código de Processo Penal restringe-se aos casos de crime, em seu art. 240 (BRASIL, 1941):

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.
§1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:
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.
§2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Cinge-se aqui a discussão a respeito da busca domiciliar, afeta ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio. Essa defesa tem origem com a

monarquia, período em que eram frequentes as invasões às casas dos súditos, ainda que estes não houvessem cometido crime algum, mediante a expedição imoderada de mandados de busca e apreensão (BASTOS, 2002, p. 346), daí surgindo a expressão “*my house is my castle*”, que alçou a tutela do domicílio à preceito constitucional (TUCCI, 2011, p. 336).

A Constituição da República de 1988 trouxe pela primeira vez a previsão legal da necessidade de mandado judicial para violação de casa alheia, visando proteger também a intimidade, a vida privada e a integridade física e moral do indivíduo (PITOMBO, 2005, p. 58):

Observa-se, pois, que as Constituições anteriores, salvo a de 1937, proibiram a entrada, na casa do indivíduo, à noite, de modo expresse. Durante o dia, as hipóteses de ingresso eram incêndio e inundação (1824); para acudir vítimas de crime ou desastre (1891, 1934, 1946); em caso de crime ou desastre (1967). (PITOMBO, 2005, p. 57).

Discute-se o conceito de “casa” no ordenamento jurídico, sendo que, para o Processo Penal o sentido do vocábulo é amplo, “[...] tanto que abrange qualquer compartimento habitado, aposento ocupado em local de habitação coletiva, compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade, excetuando o próprio Código Penal da expressão casa, a taverna, a casa de jogo e outras do mesmo gênero”. (TÔRRES, 2004, p. 136).

O Supremo Tribunal Federal deu ainda uma interpretação extensiva para o conceito de casa no julgamento do RHC 90.376/RJ, entendendo que o sentido da palavra abrange quartos de hotéis, motéis e flats, quando ocupados. (SILVA NETO, 2015, p. 28).

Apesar de ter o legislador dado um sentido único à busca e à apreensão, entende a doutrina que os dois institutos são autônomos, fato evidenciado quando há apresentação espontânea do objeto da busca, configurando apenas a apreensão. (PITOMBO, 2005, p. 103).

Tendo em vista a previsão constitucional de que a violação do domicílio só se dará mediante mandado judicial, abre-se exceção para os casos de flagrante, desde que sejam estes constatados antes do ingresso no domicílio, sob pena de serem consideradas nulas a busca, a eventual apreensão e a violação do domicílio, mesmo que após a entrada tenha se verificado a suspeita do flagrante. (SANTOS JUNIOR, 2015).

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1574681 inovou ao absolver um acusado por tráfico de drogas por entender ilícita a prova (18 pedras de crack) obtida mediante busca e apreensão em sua residência, sem mandado. No caso, o indivíduo havia corrido para o interior do domicílio ao avistar patrulha policial em localidade conhecida pela mercancia espúria, gerando suspeitas de possível flagrância em crime permanente:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRICTIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 4. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). 5. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: "Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação." (BRASIL, 2017).

O julgado mencionou ainda a Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada, estabelecida no art. 5º, LVI, da CF, para embasar a nulidade da prova, "[...] pois é evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas".

Nessa acepção, fora tecido em subementa relevante comentário a respeito dos direitos e garantias fundamentais em colisão com a necessidade de enfrentamento ao crime organizado pelo Estado, ressaltando a compreensão de que os direitos à intimidade e à inviolabilidade domiciliar não devem ser afetos a qualquer preço:

[...] 7. Se, por um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais enérgica por parte do Estado, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida,

a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali se homiziou. 8. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar irritado o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. 9. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo. (BRASIL, 2017).

E prosseguiu, afirmando que nem todo crime permanente denota a urgência necessária para o ingresso em residência sem mandado autorizador:

[...] 10. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial - ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro -, *também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência*. 12. *A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial*. 13. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação - como ocorreu na espécie - de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar imune a dúvidas a voluntariedade do consentimento. 15. Recurso especial não provido, para manter a absolvição do recorrido. (BRASIL, 2017) (grifou-se).

Não obstante haja somente uma denúncia anônima a respeito do cometimento de crime em determinada residência, os policiais estão autorizados a adentrarem o domicílio para realizar eventual busca caso a “percepção direta” (“visão ou audição extramuros”) denote a situação de flagrância. “Cabe advertir, porém, que embora se dispense a posse de um mandado judicial de busca e apreensão, deve-se aplicar o determinado no art. 245 do CPP, em especial o seu §7º - que determina a lavratura de auto circunstanciado assinado por duas testemunhas presenciais”. (SANTOS JÚNIOR, 2015, p. 289).

Apesar do entendimento de que o mandado de busca e apreensão pode ser expedido sem especificação do objeto que deva ser buscado e apreendido, em razão de sua indefinição (TUCCI, 2011, p. 340), Ana Maria Campos Tôrres aduz que a motivação do que se busca deve ser convincente, residindo nesta a “fumaça do bom direito” (TÔRRES, 2004, p. 144):

Assim é que a ordem judicial é imprescindível, pois nela repousa o substrato da garantia quanto ao abuso, motivada esta por fundadas razões, ou seja, justificado o porquê da prova, da imprescindibilidade de sua realização e os limites a que se atém indicando pessoa ou coisa a ser buscada.

Quanto ao período de cumprimento da ordem judicial, este enseja divergências entre os doutrinadores. Para Tucci, o mandado deve ser cumprido no período de 6 a 18 horas, que corresponde à prática de atos processuais na legislação infraconstitucional que vigora atualmente (TUCCI, 2011, p. 341). Já para Fernandes, observa-se o fenômeno natural de início e fim do dia pelo aparecimento e desaparecimento do sol, e “em caso de dúvida, a prova poderá ser obtida junto a Institutos Meteorológicos, até mesmo oficiais”, visto que esta alternativa “[...] atenderá a variações de horários ocorridas durante o ano em virtude do ‘horário de verão’, diversidade de estações e peculiaridades regionais”. (FERNANDES, 2012, p. 112).

Não há dúvidas, todavia, de que no período noturno a inviolabilidade do domicílio é absoluta, tanto para a busca e apreensão quanto para a prisão, devendo ser observado o art. 293 do CPP em ambos os casos: o executor “[...] deve ‘guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão’ [...], no caso a busca”. (PITOMBO, 2005, p. 138).

2.2 CRIME ORGANIZADO, INTERVENÇÃO FEDERAL E A BUSCA E APREENSÃO GENÉRICA (OU COLETIVA)

Conforme já exposto, a busca e apreensão domiciliar devem preencher requisitos legais, dispostos no Código de Processo Penal e limitados na Constituição Federal. Esses limites encontram uma única exceção prevista na própria Lei Maior, qual seja, a decretação do estado de sítio (art. 139, inc. V) (PITOMBO, 2005, p. 52):

O decreto do estado de sítio possui contornos rígidos e “indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas” (art. 138, da Constituição da República). Entre as medidas que poderão ser tomadas contra a pessoa, está a “busca e apreensão em domicílio” (art. 139, V).

Visto que essa exceção não se estende nem mesmo ao estado de defesa (art. 136) (PITOMBO, 2005, p. 52), discute-se atualmente, principalmente após recente intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, a possibilidade jurídica dos chamados mandados de busca e apreensão genéricos ou coletivos.

A essência dessa medida é a extensão do mandado a uma “área geográfica de incidência” (SANTOS JÚNIOR, 2015, p. 298), não se restringindo a busca e apreensão a uma residência determinada, conforme dita o Processo Penal. Trata-se, substancialmente, da aplicação do garantismo penal positivo e da teoria da proporcionalidade na flexibilização de um direito fundamental individual, a inviolabilidade domiciliar, contraposto a um direito fundamental coletivo, a segurança pública. (SILVA NETO, 2015, p. 32).

A despeito da difícil tarefa que tem a Justiça nesse sopesamento, Mendroni acredita que a sociedade clama pela recuperação da ordem pública e o Estado deve tomar medidas de prevenção e repressão de maneira incisiva, de modo que não há “[...] mais espaço para aqueles discursos, no mais das vezes demagógicos, realçados, derivados e trazidos a reboque das expressões de ‘estigmatização do investigado/acusado’, ‘garantismo’ ou ‘aplicação de Direito Penal mínimo’”. (MENDRONI, 2015, p. 126).

Da análise de estudo da ONU, chamado *Global Study on Homicide*, tem-se que estudiosos e a comunidade internacional chegaram à conclusão de que “[...] a violência letal tem forte ligação com contextos de escassez e privação, iniquidades e desigualdades, marginalização social, baixos níveis de educação e um Estado de Direito que não se efetivou”. (UNITED NATIONS, 2011 apud SANTOS JÚNIOR, 2015, p. 295).

Esses contextos de escassez e privação ensejam o desenvolvimento de um “Estado paralelo”, em que as organizações criminosas atuam substituindo o Estado em diversos aspectos, sendo esta a realidade principalmente nas grandes metrópoles, a exemplo de São Paulo e do Rio de Janeiro, “[...] quando o honesto

até busca a 'proteção' dos criminosos, ou quando menos aqueles sempre silen-
ciem em relação a estes, impedindo ou dificultando o trabalho de investigação
da polícia". (MENDRONI, 2015).

Ocorre que a referida substituição estatal nas atividades exercidas pela
Justiça é utilizada pela criminalidade organizada para incutir um discurso de
repulsa aos organismos estatais e à polícia. Contudo, para Mendroni, importa
considerar que o Estado ainda tem mais força – e força suficiente para combater
qualquer tipo de estrutura criminosamente organizada. (MENDRONI, 2015, p.
61).

Corroborando com o entendimento supra, Nucci preleciona que esse com-
bate às organizações criminosas deve se dar por um "tratamento à altura", no
qual a polícia seja devidamente equipada e, dentro de uma atuação legal, se
oponha ao crime organizado e às "[...] armas ilegais e típicas do exército que
carregam, com atitudes dignas de terroristas" (NUCCI, 2016, p. 53), à medida
que:

a organização criminosa é um fardo para a sociedade, como também
um peso para o Estado. Trata-se de um poder paralelo, estruturan-
do-se a criminalidade em formato de empresa para atingir objetivos
ilícitos. Imiscui-se o delinquente nas entranhas da Administração
Pública, corrompe agentes do Estado e fomenta a impunidade de
maneira galopante. (NUCCI, 2016, p. 95).

A corrida estatal pelo combate das organizações criminosas está sempre
no sentido de remediar a atuação destas, "assim como a vacina sempre perse-
gue a doença". Insta salientar ainda que a criminalidade organizada evolui "[...]
em velocidade muito maior do que a capacidade da Justiça de percebê-las, ana-
lisá-las e principalmente combatê-las". (MENDRONI, 2015, p. 28).

No entanto, pondera-se que os direitos humanos não devem ser enfrenta-
dos como óbice ao trabalho do policial e à segurança pública, sendo que a socie-
dade deve vislumbrar os direitos humanos como forma de combate a "qualquer
forma de opressão" (NUCCI, 2016, p. 52):

O apoio eventualmente recebido de parcela da comunidade é um
desabafo coletivo de desgosto em face dos elevados índices de cri-
minalidade. Pode ser compreensível, mas não justificável. Um ban-
dido morto não é um bandido a menos, mas um crime a mais,
elevando os índices de cometimento de delitos naquela localidade.

O simples fato de dar “paridade de armas” à polícia e à Justiça não deve caracterizar a famosa teoria do direito penal do inimigo de Jakobs, mas sim “[...] resguardar a integridade física e a vida dos policiais em serviço, permitindo que tenham isonômicas possibilidades de efetuar a prisão dos infratores” (NUCCI, 2016, p. 53).

Nesse sentido, a busca e apreensão domiciliar genérica visa dirimir “[...] a falta de investimento estatal na segurança pública, que não dá suporte aos aparelhos de inteligência para as investigações, restringindo um direito fundamental previsto na lei fundamental”. Entretanto, a aplicação da teoria da proporcionalidade de Alexy deve dar lugar ao princípio da vedação à proteção deficitária, “[...] tendo em vista que haveria outras formas de garantir a segurança pública sem que se ferisse direito fundamental individual”. (SILVA NETO, 2015).

Para Pitombo, ferir garantias fundamentais pela realização da busca e apreensão equivale a infringir o devido processo penal (PITOMBO, 2005, p. 94), de modo que “da ilicitude constitucional não pode advir a licitude processual” (PITOMBO, 2005, p. 89). A autora defende que essa violação de garantias na realização da busca, por exemplo, torna sem efeito tanto uma eventual apreensão quanto os atos decorrentes dela. (PITOMBO, 2005, p. 89).

Conclui-se, destarte, que a visão abarcada na exposição de motivos do Código de Processo Penal, que se lê a seguir, deve ser interpretada sob a ótica da atual Constituição da República Federativa do Brasil e de seus direitos e garantias fundamentais, consoante assevera Tôrres (2004, p. 150):

O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos que redundam em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este. (BRASIL, 1941)

É fato notório que o Brasil se vê assolado por organizações criminosas e seu crime mais que organizado, demandando atuação pontual do Estado na repressão deste. Contudo, a atuação deve se associar a políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais dos indivíduos em locais como favelas, por exemplo.

Não basta enfrentar o crime por meio de um Direito Penal Máximo, pois a criminalidade sempre deixará suas raízes numa sociedade sem educação, sem

saúde ou qualquer outra garantia prevista na Constituição, sendo notório que atualmente todo o ordenamento jurídico tem sua hermenêutica analisada por um “filtro constitucional” para análise de princípios e garantias estabelecidos na Lei Maior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o intuito de elucubrar a possibilidade jurídica do mandado de busca e apreensão coletivo, analisou-se primeiramente o Processo Penal Constitucional e os direitos e garantias fundamentais abarcados pela Constituição da República e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

A partir dessa análise, surge o problema do conflito entre garantias, sobretudo a colisão entre as garantias à inviolabilidade do domicílio e à segurança (pública), cerne da discussão do mandado de busca e apreensão coletivo.

Vislumbra-se que a mera subsunção da norma ao caso concreto seria ineficaz, motivo pelo qual outros meios para a resolução desse conflito devem ser empregados. Sendo assim, a máxima da proporcionalidade defendida por Robert Alexy se apresenta como uma estrutura de raciocínio que possibilita o juízo de ponderação, conforme visto no julgamento de casos como o do HC 82.424-2/RS (“caso Elwanger”) pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse íterim, no julgamento do RMS 23.452/RJ, o STF assentou entendimento sobre a não existência, no sistema constitucional brasileiro, de direitos ou garantias com caráter absoluto, podendo estes ser limitados.

De suma importância para a temática desse artigo e ainda pendente de julgamento, o HC 15.411-8/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, trará um norte a esse debate que urge à segurança pública tanto quanto aos cidadãos que clamam por medidas contra a criminalidade galopante no Brasil.

Manifestando-se nesses autos, a Procuradoria-Geral de Justiça aduziu ser a segurança também um direito fundamental ao qual a Constituição Federal está vinculada, ao passo que a necessidade da coletividade deveria prevalecer em detrimento de um direito individual.

É cediço que o Direito Penal e Processual Penal não deve ser utilizado como único remédio que irá curar amargamente a doença da criminalidade urbana, muitas vezes mais organizada que o Estado.

Contudo, o crescente clamor popular pelo combate aos índices de criminalidade alarmantes que assolam o país exige que a justiça criminal, em estrita observância ao princípio da proibição de excessos e ao princípio da vedação da proteção deficiente, possa sopesar a inviolabilidade de domicílio em detrimento da segurança pública em casos pontuais.

Para tal, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito - três premissas abarcadas pela máxima da proporcionalidade - devem estar presentes nessa ordem, sendo assim interpretadas como regras, segundo Alexy.

Nessa seara, questiona-se: a) a flexibilização da inviolabilidade de domicílio seria adequada para atingir o fim colimado (garantia da ordem e segurança públicas)?; b) a decretação de mandado de busca e apreensão coletivo seria o meio menos gravoso de se alcançar esse objetivo?; c) a limitação da inviolabilidade de domicílio seria proporcional ao resultado que se busca?

Ora, sendo o mandado de busca e apreensão coletivo expedido somente nos casos em que há fundadas razões para tal (adequando-se ao §1º, do art. 240, do CPP), pode-se considerar que esta medida seja a única eficiente, adequada, menos gravosa e proporcional ao resultado que se busca, nos casos em que uma região geográfica densamente povoada dificulta o trabalho policial. Todavia, em atenção ao princípio da proibição de excessos, deve o mandado de busca e apreensão genérico ser exceção, e não regra.

A estruturação da polícia judiciária com aparelhamentos e tecnologias que possibilitem uma investigação eficiente, aliada ao aumento do poder investigatório do Ministério Público, poderiam ser formas de se garantir o caráter excepcional da medida, demandando que o mandado coletivo seja embasado em fundadas razões e indícios de que um criminoso ou objeto de crime, por exemplo, estejam localizados em determinada região cuja localização precisa (número da casa, nome da rua, entre outros dados) não se pôde constatar.

Em tempos de intervenção federal, em que se almeja o restabelecimento da ordem pública de forma célere, medidas impositivas devem ser tomadas para que, posteriormente, políticas criminais sejam efetivadas, aliadas a políticas públicas de “desmarginalização” dessas áreas.

Como se sabe, a falta de apoio da comunidade obsta o trabalho dos agentes públicos na investigação e repressão da criminalidade, seja por medo que

os cidadãos têm dos membros da organização criminosa, seja por proteção que essa mesma organização oferece aos moradores da favela.

Em tempos de combate ao crime organizado, cada vez mais estruturado e equipado com armamento pesado, digno de exército, está a justiça criminal sempre “um passo atrás” no combate à criminalidade, seja pela forma como essas organizações substituem o Estado nas comunidades que subsistem, seja pela inalcançável “paridade de armas” entre os agentes da justiça e os agentes criminosos.

Não se mostra razoável, nestes termos, fechar os olhos às demandas sociais pela garantia fundamental à segurança em face de uma absoluta proteção à inviolabilidade de domicílio e ao princípio da presunção de inocência. Diante disso, o processo penal deve ponderar valores, buscando o equilíbrio entre o exercício da acusação e os direitos e garantias fundamentais (sejam esses da sociedade, das vítimas ou do réu), numa verdadeira vedação à proteção deficiente, também insculpida na máxima da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Lei n. 3689, 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 set. 2018

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. 8 de setembro de 1941. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 23452**. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999. Dis-

ponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s-1=000020700&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 set. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1574681**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma, julgado em 20/04/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1574681&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 17 set. 2018

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

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

GARLAND, Normam M.; STUCKEY, Gilbert B. **Criminal evidence for the law enforcement officer**. Exclusionary rule. Glencoe: McGraw-Hill, 2000.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Cancio. **Direito Penal no inimigo**: noções e críticas. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, eBook, 2016.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS JUNIOR, A "GUERRA CONTRA O CRIME" E OS CRIMES DA GUERRA: FLAGRANTE E BUSCA E APREENSÃO NAS PERIFERIAS. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 117, novembro-dezembro, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990

SILVA NETO, A Violação dos Direitos Fundamentais pelas Decisões que Autorizam a Busca e a Apreensão Coletivas. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. XI, n. 64, fevereiro-março, 2015.

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

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime. **Global study on homicide 2011.** Viena: United Nations Office on Drugs and Crime, 2011.

VIZZOTTO, RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEGURANÇA PÚBLICA: uma análise penal-constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 14, n. 57, outubro-dezembro, 2006.