

O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO CRIMINAL COLETIVO COMO MANIFESTAÇÃO DO ESTADO DE POLÍCIA E SUA INADMISSIBILIDADE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Douglas Roberto Winkel Santin¹

RESUMO: A inviolabilidade domiciliar é direito humano fundamental assegurado no plano constitucional, convencional e infralegal. O mandado de busca e apreensão é meio de obtenção de provas restritivo de direitos fundamentais o qual possui detalhada regulação legal a fim de coibirem-se abusos. A expedição de mandado de busca e apreensão coletivo representa violação aos regramentos estabelecidos no plano processual, constitucional e convencional. Nesse quadro, sustenta-se a inadmissibilidade de tal medida, verdadeira manifestação do estado de polícia, e salienta-se o papel fundamental das agências judiciais na limitação de tal procedimento.

PALAVRAS-CHAVE: Inviolabilidade de domicílio; mandado de busca e apreensão; mandado de busca e apreensão coletivo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O poder punitivo e o estado de direito. 2.1. Estado de direito e estado de polícia. 2.2. A seletividade do sistema penal. 2.3. O sistema penal e a função dos juristas. 3. O direito humano fundamental à inviolabilidade de domicílio. 4. O mandado de busca e apreensão criminal. 5. Mandado de busca e apreensão coletivo: o caso da ocupação do complexo de favelas da maré. 5.1. Mandado de busca e apreensão coletivo em sede criminal. 5.2. O caso do complexo de favelas da maré. 5.3. A expedição de mandados de busca e apreensão coletivos e a fragilização do estado de direito. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa demonstrar a inadmissibilidade da expedição de mandados de busca e apreensão criminais coletivos à luz do ordenamento jurídico brasileiro, bem como denunciar tal prática como mani-

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas; Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio de Jesus; Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

festação de um verdadeiro estado de polícia incompatível com o padrão jurídico de um estado democrático de direito.

E para tanto, de início buscar-se-á estabelecer um marco teórico a partir das reflexões construídas pelo penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni quanto ao poder punitivo, aos modelos de estado de polícia e estado de direito, ao caráter seletivo do sistema penal e ao papel dos juristas dentro do sistema penal.

Em um segundo momento proceder-se-á no delineamento das características e na apresentação dos fundamentos jurídicos a sustentar o direito humano fundamental à inviolabilidade de domicílio.

Em seguida, passar-se-á a analisar as características do mandado de busca e apreensão no âmbito criminal, trazendo essencialmente aspectos relativos à sua natureza, requisitos e limites.

Estabelecidas as premissas referidas, passar-se-á à análise do denominado mandado de busca e apreensão coletivo, apontando-se a sua incompatibilidade com os padrões e limites adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por derradeiro, far-se-á uma ponderação crítica acerca da expedição de mandado de busca e apreensão coletivo enquanto prática violadora do ordenamento jurídico, incompatível com os padrões estabelecidos em um modelo de estado de direito, bem como acerca do papel das agências judiciais diante de tal prática.

2 O PODER PUNITIVO E O ESTADO DE DIREITO

2.1 ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE POLÍCIA

Para a delimitação do que se entende por estado de polícia conveniente estabelecer seu contraponto com o modelo de estado de direito, na esteira do que leciona o Professor Eugenio Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI, 2003, p.93-94).

O modelo de estado de polícia se caracteriza como aquele em que um grupo, classe social ou segmento dirigente encarna o saber acerca do que é bom ou possível e sua decisão é lei. O modelo de estado de direito é aquele no qual o bom resulta de uma decisão fundada na vontade da maioria, respeitado o direito das minorias, onde tanto uma quanto as outras precisam respeitar as regras, e estas regras tem ambição de permanência distinguindo-se de meras decisões transitórias ditadas pelo sabor do momento.

Na perspectiva do estado de polícia, a obediência à lei se identifica com a obediência ao governo. Na perspectiva do estado de direito

obediência à lei respeita ao acatamento das regras anteriormente estabelecidas.

O estado de polícia pressupõe que a consciência do bom pertence à classe hegemônica e tende a uma justiça substancialista. O estado de direito pressupõe que a consciência do bom pertence a todo ser humano por igual e, portanto, tende a uma justiça procedimental.

O estado de polícia é paternalista por excelência, considera que deve castigar e ensinar aos seus súditos e tutelá-los inclusive contra suas próprias tendências autolesivas. O estado de direito tem por caráter respeitar todos os seres humanos por igual, e quando tem de intervir sobre conflitos ambiciona fazê-lo de modo a afetar o menos possível a subjetividade e autodeterminação de cada indivíduo.

2.2 A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Na construção teórica de Zaffaroni, o sistema penal opera a partir de diversas agências, merecendo destaque as agências políticas (poderes políticos), as comunicacionais (meios de comunicação de massa), as policiais (polícias) e as judiciais (Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Judiciário, Advocacia, etc.).

A criminalização, de outro lado, consiste em um processo de duas etapas fundamentais. A primeira etapa ou dimensão consistiria na chamada criminalização primária, representada pela eleição de uma conduta e sua tipificação como crime pelas agências políticas. A segunda etapa ou dimensão consistiria na criminalização secundária, representada pela imputação real da prática de uma conduta definida como crime no processo de criminalização primária a um indivíduo determinado (ZAFFARONI, 2003, p.43).

E é na etapa secundária da criminalização que a ideia de seletividade do sistema penal atua de maneira mais acentuada. Isso porque a criminalização secundária é uma tarefa desincumbida fundamentalmente pelas agências policiais, que operam com extrema escassez de recursos e que tem a missão de dar execução ao enorme programa de criminalização estabelecido a partir das agências políticas na atividade de criminalização primária. Nesse contexto só lhes resta como alternativa selecionar condutas e criminosos de modo a ter alguma atividade que justifique sua própria existência (ZAFFARONI, 2003, p.44-45).

Nesse contexto, a seleção operada pelas agências policiais no processo de criminalização secundária acaba por atingir essencialmente os fatos mais grosseiros (obras toscas da criminalidade), cuja detecção é mais fácil; bem como as pessoas que causem menos problemas, aque-

las que são ignoradas e desvaloradas, notadamente as pessoas que não tem acesso ao poder político, econômico e aos meios de comunicação de massa. O alvo, pois, são os vulneráveis por excelência (ZAFFARONI, 2003, p.46-50).

Associando-se a estas condicionantes estruturais o papel central exercido pelos meios de comunicação social, agentes propulsores por excelência da denominada criminologia midiática (ZAFFARONI, 2013, Conferência n.º 23), tem-se o quadro agravador da expansão do sistema penal, marca do tempo hodierno.

2.3 O SISTEMA PENAL E A FUNÇÃO DOS JURISTAS

No modelo acima delineado é de reconhecer o limitado poder das agências judiciais, eis que somente trabalham sobre o material “pré-selecionado” pelas instâncias políticas (legislação posta) e de casos concretos determinados a partir das agências policiais (associadas obviamente as ingerências que as agências políticas e comunicacionais exercem sobre essas).

Nesse contexto, propõe-se aos operadores das agências judiciais que exerçam uma função cautelar de contenção do poder punitivo (ZAFFARONI, 2013, Conferência n.º 25), e de defesa do estado de direito em face do ímpeto das demais agências (cada qual com suas motivações) de expansão do poder punitivo e do sistema penal (e em última análise do próprio estado policial).

3 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Delineado o marco teórico no qual se insere o presente estudo, o qual visa numa dimensão de criminologia cautelar denunciar uma prática violadora do estado de direito (a expedição de mandados de busca e apreensão coletivos), cumpre delinear os aspectos centrais do direito humano fundamental à inviolabilidade de domicílio.

A inviolabilidade de domicílio é direito fundamental, consagrado nas constituições das nações livres a partir do paradigma inglês. Nesse ponto, cumpre lembrar as palavras sempre atuais de Lord Chatham ao Parlamento Britânico acerca da garantia fundamental da inviolabilidade de domicílio:

O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças das Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas

mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar (MORAES, 2006, p.49).

No Brasil, a inviolabilidade do domicílio é assegurada desde o advento da Constituição de 1824, a qual textualmente assegurava em seu artigo 179, inciso VII, que:

Todo o Cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

Na atual Constituição da República Federativa do Brasil, o dito direito fundamental encontra-se afirmado no artigo 5.º, XI, segundo o 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.

No plano convencional, é de destacar que o mencionado direito fundamental é assegurado, inclusive em sentido mais amplo, nos termos do artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado internamente pelo Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992:

Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

E mais especialmente, no contexto americano, é de registrar o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada internamente por força do Decreto n.º 678, de 06 de dezembro de 1992, que em seu artigo 11.2 aduz em igual sentido:

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.

No plano do direito interno infraconstitucional, é de mencionar que a inviolabilidade domiciliar encontra proteção penal nos termos do artigo 150, do Código Penal, o qual criminaliza a conduta de entrar ou perma-

necer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências. A pena prevista para tal agir é a de detenção de um a três meses ou multa.

Ainda, e com especial relevância no âmbito do presente estudo, nas hipóteses em que a ingerência abusiva é praticada por funcionário público no exercício da função, incide a Lei 4898/65 (Lei do Abuso de Autoridade),² nos termos da qual considera-se abuso de autoridade qualquer atentado à inviolabilidade de domicílio (artigo 3.º), sujeitando-se o autor à sanção de detenção de 10 dias a 06 meses e multa, bem como perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública por prazo de até três anos. Ainda, se o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.

E a partir do conjunto normativo pontuado acima se pode dizer que, como regra, ninguém pode entrar na casa alheia sem o consentimento do morador, devendo ser entendido por casa o lugar onde uma pessoa vive ou trabalha, não acessível ao público em geral, reservado à sua intimidade e à sua vida privada.

Considera-se domicílio, pois, para fins do texto constitucional, todo local, delimitado e separado, por alguém ocupado de modo exclusivo a qualquer título, inclusive profissionalmente.

E assim, ressalvadas as hipóteses excepcionais de flagrante delito ou desastre, o ingresso no domicílio de um indivíduo somente se pode dar por força de determinação judicial.

E nesse ponto, vale dizer, está-se diante de verdadeira cláusula de reserva jurisdicional, sendo atribuição exclusiva do Poder Judiciário da República, por meio de seus órgãos, autorizar mediante mandado o ingresso no domicílio particular (BULOS, 2014, p.584-585). Assim é, nesses casos, o Judiciário guardião exclusivo dos direitos fundamentais do cidadão frente às ingerências abusivas de terceiros particulares ou, como mais frequentemente sói ocorrer, dos agentes do Estado.

² Nesse sentido é de destacar que apesar do teor do artigo 150, §2.º, do Código Penal, impondo o aumento de pena nas hipóteses em que invasão de domicílio é praticada por funcionário público fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder, para a maioria da doutrina, tal parágrafo foi revogado pela Lei 4898/1965, estatuto este superveniente e especial. Nesse sentido: CUNHA, Sanches. Rogério. Direito Penal Parte Especial, 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.115. Em sentido contrário, sustentando a prevalência do artigo 150, do Código Penal e inclusive suscitando a possibilidade de concurso entre essa figura e o delito previsto na Lei de Abuso de Autoridade, a depender do caso concreto: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, v. 2, 7.º ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 409.

4 O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO CRIMINAL

Em que pese o Código de Processo Penal Brasileiro trate a busca e a apreensão como um instituto único, a doutrina disciplina que a busca é instituto diverso ao da apreensão, tendo em vista que busca consiste em medida instrumental (meio de obtenção de prova) que visa encontrar pessoas ou coisas (LOPES Jr, 2012, p. 701) e apreensão em “*medida as-securatória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos*” (BADARÓ, 2014, p. 345).

Dessa forma, tratando-se de institutos distintos, não há óbice ao uso isolado da busca ou da apreensão, uma vez que a diligência de busca pode ser frustrada, não se encontrando a pessoa ou o objeto ao qual se pretendia apreender, ou somente visar a identificação de determinada circunstância, e a apreensão pode ser realizada sem prévia busca – quando, por exemplo, o objeto é entregue de forma voluntária à autoridade competente (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 444).

O Código de Processo Penal Brasileiro disciplina a busca e apreensão no Capítulo XI de seu Título VII, o qual dispõe acerca da prova no âmbito penal. Contudo, a busca e apreensão não se trata de meio de prova, mas sim, consoante leciona Badaró, de meio de obtenção de prova. Isso porque, “*enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática*”, os meios de obtenção de provas – como no caso da busca e apreensão – “são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de prova” (BADARÓ, 2014, p. 266 e 344).

Ou seja, a busca e apreensão destina-se à obtenção de nova prova para o processo, com a finalidade de assegurar o uso de elemento probatório ou simplesmente evitar o seu perecimento, ou assegurar reparação de dano proveniente do crime, caracterizando, assim, sua natureza de medida cautelar ou meio de obtenção de prova, e não de prova, em que pese o tratamento equivocado da legislação processual penal brasileira (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 444).

É verdade que os meios de obtenção de prova implicam, via de regra, em restrição a algum direito fundamental do investigado previsto no artigo 5º da Constituição Federal (BADARÓ, 2014, p. 266), visto que os direitos fundamentais não são absolutos, cabendo sua limitação em casos excepcionais (LOPES Jr, 2012, p. 702).

Não obstante, insta salientar que, conforme menciona Aury Lopes Jr.:

em uma Constituição democrática como a nossa, há que se (re)construir o processo penal desde esse referencial, calculado no respeito aos direitos e garantias fun-

damentais do cidadão, sem que isso se confunda com impunidade, mas também sem jamais deixar escorregar para o abismo do estado-de-polícia” (LOPES Jr, 2012, p. 702).

No caso da busca e apreensão, o direito fundamental a ser restrito depende da espécie de busca, a qual pode ser domiciliar ou pessoal. Tratando-se de busca domiciliar, a garantia constitucional limitada é a da inviolabilidade do domicílio (BADARÓ, 2014, p. 344 e 345), disciplinada no inciso XI do aludido artigo, que assim dispõe:

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.

E, em casos de busca pessoal, limita-se o direito fundamental à intimidade (BADARÓ, 2014, p. 344 e 348), garantido pelo inciso X, também do artigo 5º da Carta Magna, o qual estabelece que:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Essa divisão da busca em duas espécies – domiciliar e pessoal – encontra-se prevista no artigo 240 do Código de Processo Penal, no qual o seu §1º trata das hipóteses de busca domiciliar e o §2º prevê que a busca pessoal pode ser realizada conforme as hipóteses descritas nas letras *b* a *f* e letra *h* do já mencionado §1º:

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.

A busca domiciliar pode ser compreendida como aquela realizada em residência ou, ainda, consoante estipula o artigo 246 do Código Processual Penal, “*em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade*”. Estes locais, bem como os quartos de hotéis, motéis ou equivalentes, são tutelados pela garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, XI), desde que devidamente habitados (PACELLI, 2014, p. 441).

Sem o consentimento do morador, ninguém poderá ingressar no local em que habita, sob pena de violação à sua garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio, exceto em caso de flagrante delito ou em decorrência de ordem judicial, que poderá ser executada apenas no período diurno (BADARÓ, 2014, p. 346).

O artigo 241 do Código de Processo Penal preceitua que, “*quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado*”. Todavia, tal dispositivo é criticável e deve ser desconsiderado na medida em que a Magna Carta dispõe expressamente em seu artigo 5º, inciso XI, que a garantia da inviolabilidade do domicílio apenas pode sofrer limitação mediante ordem judicial ou em caso de flagrante delito. Destarte, inexistindo flagrante delito, para que a inviolabilidade do domicílio seja restringida, tem-se como indispensável a presença da ordem judicial e, conseqüentemente, da expedição do mandado de busca e apreensão.

Para assegurar que o direito constitucional do morador não seja infringido, faz-se indispensável o preenchimento de determinados requisitos para a execução da medida de busca domiciliar, sendo eles, consoante disciplina Eugênio Pacelli:

a) ordem judicial escrita e fundamentada, como qualquer medida cautelar restritiva de direitos (art. 52, XI, CF);

b) indicação precisa do local, dos motivos e da finalidade da diligência (art. 243, CPP);

c) cumprimento da diligência durante o dia, salvo se consentida à noite, pelo morador;

d) o uso de força e o arrombamento somente serão possíveis em caso de desobediência, ou em caso de ausência do morador ou de qualquer pessoa no local (an. 245, §§ 3º e 4º)(PACELLI, 2014, p. 441).

Ainda, conforme Gustavo Badaró leciona em sua obra, os requisitos do mandado de busca e apreensão domiciliar podem ser divididos em intrínsecos, presentes no artigo 243 do Código de Processo Penal, e em extrínsecos, dispostos no *Caput* do artigo 245, do mesmo código (BADA-RÓ, 2014, p. 350 e 351).

Logo, nos termos do artigo 243 do Código Processual Penal, podemos elencar os requisitos intrínsecos do mandado de busca e apreensão domiciliar como sendo os seguintes:

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

Cabe ainda mencionar que, tratando do artigo 243, o § 1º institui que, “*se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca*” e o § 2º que “*não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito*”.

Já os requisitos extrínsecos, relacionados com o cumprimento do mandado de busca e apreensão, estão previstos no *Caput* do artigo 245 do Código Processual Penal nos seguintes termos:

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores

mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o representante, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

O artigo 245 ainda prevê em seus parágrafos algumas peculiaridades que devem ser cumpridas no procedimento do mandado de busca e apreensão:

§ 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

§ 2º Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada.

§ 3º Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura.

§ 4º Observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º, quando ausentes os moradores, devendo, neste caso, ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente.

§ 5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

§ 7º Finda a diligência, os executores lavarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º.

A busca pessoal, por sua vez, incide sobre a pessoa – suspeito, indiciado, acusado, vítima ou terceiro –, abrangendo seu corpo, suas vestes e outros objetos ou coisas que estejam em contato com o seu corpo ou que esteja transportando, não podendo ser confundida com a inspeção corporal, a qual se trata de *“um exame do corpo da própria pessoa para a sua identificação, ou descoberta de sua idade, ou verificação de lesões deixadas pelo crime”*.

E, tal como ocorre na busca domiciliar, faz-se necessária fundada razão para a busca pessoal (BADARÓ, 2014, p. 348 e 349), sob pena de violação ao direito fundamental à intimidade (CF, art. 5º, X). Inexistindo ordem judicial, a busca pessoal só poderá ser efetuada nas hipóteses do artigo 244 do Código Processual Penal, ou seja, 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.

De toda maneira, insta frisar que para a concessão do mandado de busca e apreensão devem concorrer elementos de urgência e necessidade, não bastando meras suspeitas ou ilações despidas de base probante, ainda que perfunctória (ROSA, 2013, p.145).

5 MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO: O CASO DA OCUPAÇÃO DO COMPLEXO DE FAVELAS DA MARÉ

5.1 MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO EM SEDE CRIMINAL

Pontuadas as características acerca do direito humano fundamental à inviolabilidade domiciliar e da medida cautelar voltada à obtenção de provas da busca e apreensão (instrumento limitador do referido direito fundamental), fica evidente a necessidade de observância a um amplo conjunto de requisitos legais, constitucionais e convencionais (de dimensão formal e substancial) para efeito de restrição ao direito fundamental supracitado por ocasião da expedição de mandado de busca e apreensão.

A indicação precisa do local, dos motivos e da finalidade da diligência (art. 243, CPP) são, como visto, um requisito essencial para a expedição do mandado de busca e apreensão.

Não obstante, a prática judicial não raras vezes vem ignorando tais requisitos, ampliando a possibilidade de ingerência abusiva das agências policiais em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, notadamente, os marginalizados, sem voz e ignorados pelos meios de comunicação de massa.

Trata-se do fenômeno da expedição de mandados de busca e apreensão coletivos, em caráter amplamente genérico, permitindo à autoridade policial e aos seus agentes que ingressem nos domicílios situados em todo um quarteirão, uma rua ou uma vila (ou, como será detalhadamente apresentado, uma favela inteira!) em busca de drogas, armas e objetos suspeitos.

Tal fenômeno não corresponde a evento isolado ou localizado. Efetivamente, mediante pesquisa a portais de notícias é possível verificar a narrativa da barbárie a qual marcou sistematicamente a recente ocupação de favelas pelas forças policiais no Rio de Janeiro. Mais do que isso, a prática não está isolada no âmbito fluminense havendo registros apontando sua adoção em outros estados da federação. Tudo, por óbvio, sempre a pretexto de meras suspeitas ou com base em deduções superficiais para “garantia da ordem pública e segurança coletiva”.

Do ponto de vista do processo penal, especialmente a partir de uma leitura constitucional e convencional, tal prática é de todo absurda e fragiliza de morte os direitos fundamentais das populações atingidas.

Nesse sentir, merece destaque a ponderação do processualista gaúcho Aury Lopes Júnior (2012, p.711):

Situação absurda, que infelizmente tem se tornado comum, são os mandados de busca e apreensão genéricos, muitas vezes autorizando a diligência em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas “favelas” de tal ou qual vila. Claro que os juízes somente expedem tais monstruosidades jurídicas quando se trata de barbarizar os clientes preferenciais do excludente sistema implantado, aqueles para quem a proteção constitucional da casa (e demais direitos fundamentais) é ineficaz, até porque favela e barraco não são casas... e quem lá (sobre)vive não merece nenhuma proteção, pois são os “outros”, ou, ainda, a multidão de invisíveis.

Nesse diapasão, é de destacar a menção do autor aos destinatários naturais de tal prática violadora, as populações vulneráveis, clientes preferenciais do sistema penal.

E aqui também cabe o protesto do processualista fluminense Paulo Rangel, que destaca tratar-se a inviolabilidade de domicílio um direito fundamental assegurado na Constituição, a qual também protege as populações marginalizadas e tem vigência também nas áreas periféricas (para aqueles que eventualmente não tenham compreendido isso ainda!):

Do mesmo modo, não pode haver mandado de busca e apreensão coletivo e genérico, ou seja, um só mandado para ingressar em todas as casas de uma vila, por exemplo, sem especificar quais. Muito menos em uma favela que, para quem não sabe, também tem residências que devem ser respeitadas nos estritos limites da Constituição da República. A Constituição foi elaborada para ser respeitada em todo o território nacional e não só no asfalto e nas áreas nobres das cidades. (RANGEL, 2010, item 7.5.3.1)

E tal prática violadora de direitos e garantias fundamentais da cidadania traz consequências tanto do ponto de vista processual quanto penal.

A consequência no plano processual é a inadmissibilidade das provas obtidas no contexto de mandado de busca e apreensão coletivo, porque ilegais (obtidas em ofensa ao direito material e processual), eis que trata-se de procedimento de obtenção de provas que não observa as formalidades e garantias essenciais (RANGEL, 2010, item 7.5.3.1).

Já no plano penal, devem a autoridade policial e seus agentes responder pela violação ilegal de domicílio praticada, sujeitando-se às penas previstas na Lei 4898/1965 (Lei do Abuso de Autoridade).

5.2 O CASO DO COMPLEXO DE FAVELAS DA MARÉ

E no contexto do instituto denunciado acima é que se insere um caso concreto, a expedição de mandado de busca e apreensão criminal coletivo autorizando a ingerência abusiva das agências policiais em relação aos moradores de todo o Complexo da Maré, na cidade do Rio de Janeiro.

Cumprе advertir, desde logo, que a narrativa do caso concreto a partir das peças processuais que lhe instruíram e as valorações e críticas tecidas nesse contexto restringem-se ao caso posto e à solução adotada pelas agências judiciais, em nenhum momento visando-se qualquer juízo de reprovação às pessoas dos agentes judiciais diretamente envolvidos no caso entelado.

Nos últimos dias do mês de março de 2014, o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, através de seu órgão da 39.^a Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, acolheu pedido da Autoridade Policial instruído com parecer favorável do Ministério Público do Estado para autorizar a realização de busca e apreensão coletiva abrangendo toda o Complexo de Favelas da Maré.

Sobre a amplitude e condições do mandado judicial de busca e apreensão concretamente deferido no feito em comento vale trazer a transcrição parcial da decisão que o deferiu, proferida nos autos do processo n.º0101343-46.2014.8.19.0001, nos seguintes termos:

O caso é peculiar, pelo amplo objeto da medida cautelar a ser cumprida. Dessa forma acolho a representação da Autoridade Policial, para deferir a busca e apreensão nas casa situadas nas seguintes localidades: Rua 29 de Julho; Ria Flávia Farnense; Rua Teixeira Ribeiro; Rua Tatajuba; Rua João Pessoa; Rua Darci Vargas; Rua Ari Leão; Rua Nova; Rua Caminho Rubens Vaz; Rua Principal; Rua Massaranduba; Rua Bitencourt Sampaio; Rua 1; Rua 2; Rua 4; Rua Larga; Rua da Praia; Rua Raul Brunini; Rua da Paz; Localidade conhecida coo Sem Terra.

Autorizo a Autoridade Policial a realizar diligências de busca e apreensão nos becos e vielas adjacentes às ruas acima referidas, diante da informação de que tais localidades são utilizadas por criminosos como bocas de fumo e casas de moradores como paióis (fls.40v)."

Chama à atenção a amplitude da autorização deferida, para uma ampla gama de ruas inteiras, bem como para as "ruas e becos adjacentes"; em outras palavras, para qualquer domicílio que a autoridade policial

entendesse suspeito desde que situado no âmbito do Complexo de Favelas da Maré.

Onde está a individualização concreta do local, do objeto e da motivação da restrição ao direito fundamental à inviolabilidade domiciliar?

A decisão em questão foi alvo de mandado de segurança, apresentado por moradora da comunidade cuja residência se encontrava no espectro dos potenciais atingidos pela ingerência abusiva autorizada no mandado em questão (como qualquer outro morador do Complexo da Maré em face da enorme abrangência da ordem) representada pela assessoria jurídica do Instituto de Defensores de Direitos Humanos (DDH, 2014).

Nos seus fundamentos, a entidade aduziu a inobservância dos ditames constitucionais e do Código de Processo Penal, atentando para a absoluta monstruosidade jurídica representada pela ordem coletiva de busca e apreensão.

Em sede liminar, o órgão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu a inadmissibilidade de ordem coletiva, porém aduziu que no caso concreto não haveria violação(?).

Solicitadas informações ao juízo de primeiro grau responsável pela expedição da ordem atacada no mandado de segurança, este reafirmou a legalidade da medida adotada (expedição de mandado de busca e apreensão coletivo) e justificou a medida em termos de necessidade para a ocupação pelas agências policiais de uma comunidade que há muito era tida como reduto utilizado por criminosos para a prática do tráfico de drogas e para o depósito de armas e munições. Nesse aspecto ainda aduziu que a medida era deferida para a defesa dos próprios moradores da comunidade, supostamente alijados de acesso ao direito à segurança em uma área supostamente submetida ao controle de criminosos, e não com o intuito de vulnerar o direito à inviolabilidade domiciliar dos mesmos.³

Impetrado agravo regimental contra a decisão monocrática que negara a liminar em questão, a decisão foi mantida pela unanimidade dos julgadores por não se verificar no plano preliminar ato de ilegalidade ou abuso de poder(?).

Em outras palavras, no influxo do tradicional discurso de “defesa social” as agências judiciais concretamente ignoraram a função precípua de defesa do estado de direito e cancelaram uma prática que causa ojeziza até mesmo ao chamado “senso comum teórico” dos juristas.

5.3 A EXPEDIÇÃO DE MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVOS E A FRAGILIZAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

³ Peças constantes no Mandado de Segurança n.º0016241-59.2014.8.19.0000 que tramitou na Justiça Estadual do Rio de Janeiro.

Nesse sentir, a partir do exposto até este ponto, evidente que a expedição de mandados de busca e apreensão coletivos no âmbito criminal representa evidente violação a direitos fundamentais da cidadania, que assistem a todos e não apenas a alguns.

E dessa forma tais violações conduzem à expansão do poder das agências policiais, fragilizando um estado de direito que, no caso brasileiro, ainda em grande medida encontra-se por construir.

Nesse aspecto, fundamental a denúncia de tal prática e o chamado dirigido às agências judiciais para que exerçam seu papel de contenção da expansão do poder punitivo.

E nesse encadear de ideias nos valem da ponderação de Salah Khaled Júnior em artigo intitulado “O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado: homenagem ao professor Eugenio Raúl Zaffaroni”, nos seguintes termos:

Não é aceitável que os penalistas continuem compactuando – quase que deliberadamente – com o estado de exceção, o que assegura a permanência da opressão dos menos afortunados – muitas vezes tratados como não-pessoas –, principalmente em sociedades com altos índices de exclusão, como a brasileira. Portanto, trata-se de reencontrar a vocação subversiva do discurso e extirpá-la do conformismo que sob alguns aspectos compromete o que deve ser seu sentido último. Desconsiderar o aspecto de garantia que o direito penal representa e pura e simplesmente renegá-lo não pode ser seriamente considerado como o caminho a seguir, pelo menos no contexto contemporâneo.

Efetivamente, aos operadores das agências judiciais cumpre uma função cautelar de contenção do poder punitivo e de defesa do estado de direito em face do ímpeto das demais agências (cada qual com suas motivações) de fazer estender o poder punitivo e o sistema penal (e em última análise estabelecer um verdadeiro estado policial).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da perspectiva adotada na presente manifestação, e com base nos elementos e ponderações trazidos, evidencia-se que a expedição de mandados de busca e apreensão de caráter genérico e coletivo em matéria criminal constitui prática inadmissível à luz do ordenamento jurídico pátrio.

Tal procedimento mostra-se incompatível com um modelo de esta-

do de direito, constituindo, pelo contrário, verdadeira expressão do estado de polícia.

A inviolabilidade domiciliar é direito humano fundamental assegurado no plano constitucional, convencional (Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e Convenção Americana de Direitos Humanos) e infralegal (Código Penal, Código de Processo Penal e Lei 4898/1965).

O mandado de busca e apreensão é meio de obtenção de provas restritivo de direitos fundamentais o qual possui detalhada regulação legal a fim de coibirem-se abusos.

A expedição de mandado de busca e apreensão coletivo, tal como ilustrado no caso da ocupação do Complexo da Maré, representa violação aos regramentos estabelecidos no plano legal, constitucional e convencional.

Nesse aspecto, merecem destaque as consequências previstas expressamente no ordenamento jurídico pátrio tanto no plano processual (ilicitude das provas obtidas em contexto de violação à inviolabilidade domiciliar) quanto penal (criminalização primária de condutas abusivas praticadas por funcionários públicos no exercício da função ou por terceiros particulares em detrimento da inviolabilidade domiciliar alheia).

Criticamente, cabe a ponderação do papel fundamental a ser exercido pelas agências judiciais na contenção do poder punitivo, notadamente, coibindo os esforços das demais agências do sistema pela expedição de mandado de busca e apreensão criminal coletivo em detrimento dos direitos fundamentais das populações vulneráveis.

7 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, v. 2, 7.º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acessado em: 20 jun. 2015.

_____. **Constituição Política do Imperio do Brazil (1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acessado em: 20 jun. 2015.

_____. **Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>.

br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 20 jun. 2015.

_____. **Decreto n.º 592/1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acessado em: 20 jun. 2015.

_____. **Decreto n.º 678/1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acessado em: 20 jun. 2015.

_____. **Lei n.º 4898/1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acessado em: 25 jun. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**, 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Sanches. Rogério. **Direito Penal Parte Especial**, 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DDH (INSTITUTO DE DEFENSORES DOS DIREITOS HUMANOS). **DDH e Centro de Assessoria Popular Mariana Criola ingressaram com Mandado de Segurança questionando a legalidade do uso de mandado de busca e apreensão genérico em ocupação militar da Maré**, Disponível em: <<http://ddh.org.br/ddh-e-centro-de-assessoria-popular-mariana-criola-ingressaram-com-mandado-de-seguranca-questionando-a-legalidade-do-uso-de-mandado-de-busca-e-apreensao-generico-em-ocupacao-militar-da-mare/>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

KHALED JÚNIOR, Salah H. **O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado: homenagem ao professor Eugenio Raúl Zaffaroni**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-homem-do-dique-e-a-irracionalidade-do-pensamento-juridico-penal-sedimentado-homenagem-ao-professor-eugenio-raul-zaffaroni-por-salah-h-khaled-jr/>>. Acessado em: 27 jun. 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**, 9.^a. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 19.^aed. São Paulo: Atlas, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 18.^aed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 [epub].

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Mandado de Segurança n.º 0016241-59.2014.8.19.0000**. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2014.078.00035>>. Acessado em: 07 jun. 2015.

_____. **Inquérito n.º 0101343-46.2014.8.19.0001**. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.001.088427-0>>. Acessado em: 07 jun. 2015.

ROSA, Alexandre Morais. **Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.