



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DOS LIMITES PARA EXPEDIÇÃO DE
MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO/GENÉRICO

Raphael Bahia Pereira

Rio de Janeiro
2018

RAPHAEL BAHIA PEREIRA

UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DOS LIMITES PARA EXPEDIÇÃO DE
MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO/GENÉRICO

Artigo científico apresentado como exigência para a conclusão de Curso de Pós-Graduação *Latu sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DOS LIMITES PARA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO/GENÉRICO

Raphael Bahia Pereira

Graduado em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro.
Advogado.

Resumo – O tema do presente artigo possui ampla relevância jurídica e social, uma vez que o mandado de busca e apreensão tem influência direta sobre os direitos fundamentais dos cidadãos. Na medida em que os direitos fundamentais não são absolutos, questiona-se, em alguma hipótese, se o ordenamento jurídico pátrio comportaria a confecção e o cumprimento de mandado busca e apreensão genérico/coletivo.

Palavra-Chave – Direitos e garantias fundamentais. Inviolabilidade domiciliar. Processo penal. Inquérito policial. Mandado de busca e apreensão coletivo/genérico.

Sumário – Introdução. 1. Um breve esboço acerca da compreensão do mandado de busca e apreensão coletivo/genérico. 2. Mandado de busca e apreensão coletivo/genérico no combate ao crime organizado e a macro criminalidade 3. Mandado de busca e apreensão coletivo no contexto do direito penal emergencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo científico mostra-se relevante, uma vez que a expedição de mandado de busca e apreensão coletivo/genérico vem se apresentando como uma realidade praticada, principalmente em operações policiais efetuadas em áreas urbanas controladas pelo crime organizado, mostrando-se uma questão bastante controvertida.

Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo investigar as divergências doutrinárias e jurisprudências acerca do tema, considerando os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, bem como os critérios normativos dispostos no Código de Processo Penal.

Para melhor compreensão do tema, o primeiro capítulo faz um breve esclarecimento sobre os institutos da busca e apreensão, sua natureza jurídica, objeto, finalidade, visando a esclarecer o que vem sendo entendido por mandado de busca e apreensão coletivo/genérico em sede de doutrina e jurisprudência.

No segundo capítulo é realizada a análise dos argumentos que entendem que, em algumas hipóteses, o ordenamento pátrio permite a expedição de mandados de busca e

apreensão coletivos/genéricos, bem como uma análise de casos concretos ocorridos na cidade do Rio de Janeiro e como o poder judiciário vem enfrentando a polêmica.

Em seguida, no terceiro capítulo, visando conciliar o interesse na efetividade da persecução penal nas hipóteses de combate a macro criminalidade que compromete a ordem pública, as pessoas e o patrimônio, será feita uma análise da compatibilidade do instituto do mandado de busca e apreensão coletivo/genérico dentro do que se denomina direito penal emergencial.

Dessa forma, o estudo baseia-se no método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para perquirir o objeto em estudo.

Por fim, cumpre destacar que a abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica é necessariamente quantitativa e qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de bibliografia e julgados pertinentes ao tema.

1. UM BREVE ESCORÇO ACERCA DA COMPREENSÃO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO/GENÉRICO

Com o objetivo de melhor compreender o objeto em estudo, torna-se necessário fazer um breve esclarecimento sobre os institutos da busca e apreensão, sua natureza jurídica, objeto e finalidade. Em seguida, sob a ótica da instrumentalização do instituto, expõe-se o que vem a ser compreendido, pela doutrina e jurisprudência, como mandado de busca e apreensão coletivo/genérico e seus reflexos.

O instituto da busca e apreensão encontrar-se regulamentado no Capítulo XI, Título VII, Livro I, do Código de Processo Penal, entre os artigos 240 e 250¹. A despeito de serem tratadas em conjunto pelo Código de Processo Penal, cabe destacar que, é pacífico em âmbito doutrinário, a existência de autonomia entre procedimento de busca e o procedimento de apreensão. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima ensina que²:

a busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas. A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa. Não é de todo impossível que ocorra uma busca sem apreensão, e vice-versa. Deveras, pode restar frustrada uma diligência de busca, não se logrando êxito na localização do que se procurava. De seu turno, nada impede que

¹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivII_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 15 out. 2018.

² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: Salvador: JusPodivm, 2016, p. 710.

uma apreensão seja realizada sem prévia medida de busca, quando, por exemplo, o objeto é entregue de maneira voluntária à autoridade policial.

Contudo, ainda que demonstrada a autonomia dos institutos, deve-se destacar que, quando a busca preceder a apreensão, os institutos funcionam de maneira complementar³. Logo, havendo ilegalidade na busca que antecede a apreensão, ambas restaram ilegal e sem eficácia probatória.

Em relação à natureza jurídica, destaca-se que os institutos encontram sua previsão legal dentro do Título VII - Das Provas - do Código de Processo Penal. Todavia, Marcellus Polastri Lima aduz que⁴:

(...) apesar do Código de Processo Penal classificar como meio de prova, a busca e apreensão, com finalidade de preservar elementos probatórios ou assegurar reparação do dano proveniente do crime, ontologicamente, não é prova, tendo, ao contrário, a natureza jurídica de medida cautelar que visa à obtenção de uma prova para o processo, com o fim, portanto, de assegurar a utilização do elemento probatório no processo ou evitar o seu perecimento.

De maneira mais ampla, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, entendem que a natureza jurídica se dá de acordo com a finalidade pretendida, podendo ser: (1) meio de prova, quando a finalidade for a apreensão de objeto matéria do delito; (2) meio de obtenção de prova, quando a busca e apreensão se destina a apreender objetos relevantes para futura produção de prova; e (3) medida instrumental, cautelar probatória, quando o ato for revestido de urgência o ato ter como finalidade assegurar a produção de prova futura⁵.

Ainda, em outro sentido, Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, destaca que as medidas de busca e apreensão tem natureza multifuncional, motivo pelo qual torna-se desnecessária ou de pouca utilidade prática a compreensão dos institutos como meio de prova, instrumento de obtenção de prova ou coação processual penal lícita⁶.

Conforme se extrai da leitura do art. 240, §1º e §2º do Código de Processo Penal, a busca e apreensão tem como finalidade atender a persecução penal, uma vez que busca e apreende elementos interligados direta ou indiretamente com o fato considerado ilícito. Todavia, o instituto tem como um de seus efeitos a restrição de direitos fundamentais previstos

³ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.384.

⁴ LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 134.

⁵ NESTOR Távora; ROSMAR Rodrigues Alencar. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 742.

⁶ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.96-110.

no art. 5º da Constituição de 1988⁷, destacando-se a inviolabilidade do domicílio, intimidade e a vida privada, bem como a incolumidade física e moral do sujeito.

Nessa perspectiva, para que se materialize a execução da busca e apreensão, torna-se necessária a expedição de mandado de busca e apreensão, por autoridade jurisdicional, devendo ser obedecidas certas limitações e formalidades delimitadas pelo ordenamento jurídico.

Nos termos dos incisos e do §1º, do art. 243 do Código de Processo Penal, o mandado de busca e apreensão deverá: (i) indicar, da forma mais precisa possível, a residência a qual será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; (ii) no caso de busca pessoal, o nome ou os sinais que indiquem quem deverá sofrê-la; (iii) mencionar os motivos e os fins da diligência; (iv) ser subscrito pelo escrivão e pela autoridade judiciária que o expedir; (v) eventual ordem de prisão.

No direito comparado, acerca das delimitações constitucionais e legais no direito processual penal norte-americano, João Gualberto Garcez Ramos⁸, adverte que:

a 4ª emenda dispõe que os mandados somente serão expedidos com particular descrição do lugar a ser buscado e das coisas ou pessoas a serem apreendidas (...) daí que não se admitem mandados genéricos (...) sem a observância desta exigência, as provas obtidas com a busca serão consideradas ilícitas.

Ademais, na doutrina pátria, Guilherme Nucci, ensina que:

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. Trata-se de abuso de autoridade de quem assim concede a ordem e de quem a executa, indiscriminadamente. Note-se que a lei exige fundadas razões para que o domicílio de alguém seja violado e para que a revista pessoal seja feita, não se podendo acolher o mandado genérico, franqueando amplo acesso a qualquer lugar.

Na medida em que o preenchimento de todos os requisitos legais representa determinada garantia para a autoridade que expede a mediada, ao seu executor e a quem vier a sofrê-la, conseqüentemente, o mandado de busca e apreensão genérico/coletivo será tido como ilegal e as provas, que por meio deste tenham sido obtidas, como ilícitas. Desta forma, conclui-se que o mandado de busca e apreensão genérico/coletivo é aquele que não segue algum dos requisitos previstos pelo art. 243 do Código de Processo Penal.

⁷ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 15 out. 2018.

⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 132.

No mesmo sentido, destaca-se o voto proferido pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau⁹:

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 pode se chamar de autêntica ‘devassa’.

Apesar dos argumentos supracitados, o termo “mais precisamente possível”, disposto no inciso I do art. 243 do Código de Processo Penal, vem suscitando certa discussão acerca da possibilidade de expedir e cumprir o que vem sendo denominado de mandado de busca e apreensão coletivo/genérico, especialmente em operações de combate ao crime organizado instalado em áreas periféricas da cidade do Rio de Janeiro, onde a irregular disposição das moradias e a inexistência de endereços precisos inviabilizam a expedição de mandado nos exatos termos do referido dispositivo.

2. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO/GENÉRICO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO E A MACRO CRIMINALIDADE

Destaca-se que o inciso I, do art. 243 do Código de Processo Penal tem por finalidade individualizar o mandado de busca, evitando assim que cidadãos que não estejam envolvidos em atividades ilícitas sejam desnecessariamente constrangidos pela violação de sua privacidade e intimidade, respeitando assim o que determina incisos X e XI do art. 5º da Constituição Federal.

No entanto, Rogério Sanches Cunha¹⁰, alerta que “em algumas situações, o cumprimento à risca do mandamento legal torna absolutamente inviável a realização de diligências imprescindíveis para a apuração de gravíssimas infrações penais”.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Hc nº 95.009-4/SP*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2895009%2EENUME%2E+OU+95009%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gouahgq>> Acesso em: 04 de nov.2018.

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches. *Mandado de busca e apreensão coletivo: Violação constitucional ou alternativa viável quando impossível a individualização do imóvel?*. Disponível em: < <http://meusitejuridico.com.br/2018/02/19/mandado-de-busca-e-apreensao-coletivo-violacao-constitucional-ou-alternativa-viavel-quando-impossivel-individualizacao-imovel/>> Acesso em: 04 de nov.2018.

Como exemplo, o autor cita o cenário do combate ao crime organizado ligado ao tráfico de armas e drogas que ocupa diversas áreas urbanas no Estado do Rio de Janeiro, sobretudo áreas precariamente estabelecidas nos morros cariocas que não possuem a devida individualização e nem endereços definidos, comprometendo a ordem pública. Não obstante, a circunstância serviu de fundamento para o decreto de intervenção federal na área de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, sob o comando de um general do Exército¹¹.

Segundo o autor, a referida situação proporciona grande dificuldade para que sejam realizadas operações policiais que visem a prisão de criminosos e a apreensão de armas e drogas, vez que a inexistência de individualização de endereços nessas áreas residenciais inviabiliza a vinculação a moradores específicos e, conseqüentemente, tornam impossível a expedição de mandado de busca e apreensão nos exatos termos do inciso I, do art. 243 do Código de Processo Penal¹².

Em tal situação, o autor admite ser possível a expedição de mandado de busca e apreensão coletivo/genérico, alertando que¹³:

é fato que muitas pessoas são atingidas simplesmente porque residem no local, sem que lhes recaia nenhuma suspeita específica da prática de crime. Mas também não se pode negar que, ponderando os interesses em jogo, não é irrazoável que prevaleça a iniciativa de dismantelar organizações criminosas que impõem o caos e o terror generalizado. Nessas localidades, a ação policial baseada no mandado coletivo é a única forma de fazer cessar atividades criminosas de extrema gravidade e que vitimam inclusive os moradores injustamente atingidos pela busca domiciliar.

No mesmo sentido, o parecer¹⁴ interposto pela Procuradoria Geral da República, no Habeas Corpus nº 154.118/DF, defendeu que, frente ao combate à macro criminalidade, estabelecida em extensa área urbana, poderia haver uma flexibilização da interpretação do art. 243, I do CPP¹⁵, sob o fundamento de que, além da inviolabilidade domiciliar, prevista no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, o *caput* do referido dispositivo também assegura a inviolabilidade à segurança, além do fato de que o art. 144 da Constituição Federal prevê a segurança pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos que deve ser exercida para salvaguardar a ordem pública, as pessoas e o patrimônio.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ PARECER-32.218/2018-MARÇO-JV/SF. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/pgr-favoravel-manda-do-busca-apreensao.pdf>>. Acesso em 13 set. 2018. p. 3-4.

¹⁵ Brasil. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689/Compilado.htm>. Acesso em 13 set. 2018.

Ademais, argumenta que “impedir, de forma absoluta, que cada juiz possa decidir, com base nos elementos que lhe são apresentados, pelo deferimento ou não de mandado de busca coletiva, é obstar em absoluto seja a segurança pública eficazmente tutelada no país”¹⁶.

Por fim, conclui seu parecer afirmando que:

(...) o recurso à medida extrema em comento não poderá ser adotada de forma indiscriminada e muito menos em hipótese de crimes de menor potencial ofensivo, circunstâncias a que deverá ficar atento, evidentemente, o Juiz do caso concreto, pelo que não há fundamento para, sequer, o deferimento parcial da ordem, no sentido de mitigação da abrangência da medida cautelar, que estará, em última análise, sob a tutela do livre convencimento do Juiz natural da causa.

Para além dos argumentos mencionados, conforme amplamente divulgado nos veículos de mídia, é fato que o Rio de Janeiro possui um histórico de expedições de mandados de busca e apreensão coletivos/genéricos, causando inúmeras polêmicas e controvérsias.

Destaca-se o mandado de busca e apreensão coletivo/genérico expedido em setembro de 2002, para entrar em todos os cerca de 10 mil barracos, na Favela da Grota, dentro do Complexo do Alemão, que culminou com a prisão do traficante Elias Maluco, acusado pela morte do jornalista Tim Lopes¹⁷.

Outro destaque polêmico é o mandado de busca e apreensão coletivo/genérico expedido em novembro de 2016, entendendo que o rigoroso cumprimento do disposto no art. 243, inciso I, do Código de Processo Penal inviabiliza a realização de diligências imprescindíveis para a apuração de infrações penais cometida por organizações criminosas que, portando armamento bélico militar, controlam grandes zonas territoriais em periferias da cidade, destacando-se o seguinte trecho da notícia disposta no site do Conjur¹⁸:

(...) autorizou nesta segunda-feira (21/11) que a polícia faça buscas e apreensões coletivas na Cidade de Deus, bairro do Rio de Janeiro. A decisão vem depois que quatro policiais militares morreram na queda de um helicóptero durante operação contra o tráfico no sábado — as causas da queda ainda são investigadas. Segundo informações da revista Época, a juíza justificou a medida em razão da situação excepcional. “Em tempos excepcionais, medidas também excepcionais são exigidas com intuito de restabelecer a ordem pública”. O processo tramita em segredo de Justiça.

¹⁶ PARECER op. cit. p. 4.

¹⁷ O GLOBO. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/rio/relembre-casos-recentes-de-mandados-coletivos-de-busca-apreensao-no-estado-do-rio-22412030>>. Acesso em 13 set. 2018.

¹⁸ CONJUR. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/juiza-rj-autoriza-busca-apreensao-coletiva-cidade-deus>>. Acesso em 13 set. 2018.

Em que pese existir alguma resistência nos órgãos de primeira instância do poder judiciária, nos tribunais e nas cortes superiores têm prevalecido o entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio não coaduna com o mandado de busca e apreensão coletivo/genérico. Nesse sentido, subscreve-se o seguinte trecho da decisão proferida no habeas corpus nº 416.483 – RJ¹⁹:

com efeito, como observado na decisão do eminente Desembargador João Batista Damasceno, que deferiu a liminar na origem, em regime de plantão, 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.

O referido entendimento tem como base o fato de que o Estado Democrático de direito tem por pressuposto que a autoridade estatal deve observar estritamente os procedimentos e formalidade previstos na ordem constitucional e legal por se tratar de pressuposto da intervenção estatal na restrição de direitos fundamentais²⁰.

3. O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL EMERGENCIAL

Embora tenha se verificado que o ordenamento jurídico pátrio não coaduna com o mandado de busca e apreensão coletivo/genérico, fato notório é que após a decretação da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, houveram diversas manifestações de autoridades solicitando autorização para expedição de mandado de busca e apreensão coletivo/genérico²¹.

Em que pese os argumentos usados pelos defensores do mandado de busca e apreensão coletivo/genérico, Luigi Ferrajoli chama a atenção para o fato de que o referido raciocínio evidencia o que denomina de “emergência penal”, em que prevalece a razão do Estado, como

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Hc nº 416.483/RJ*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501072802/habeas-corpus-hc-416483-rj-2017-0236856-5/decisao-monocratica-501072812?ref=juris-tabs#>>

²⁰ ANTUNES, Leonardo Leal Peret. *Limites da busca e apreensão no processo penal constitucional*. 2013. 170 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. pg. 105

²¹ O GLOBO. Governo federal vai pedir mandados de busca e apreensão coletivos no Rio. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/governo-federal-vai-pedir-mandados-de-busca-apreensao-coletivos-no-rio-22411128#ixzz5RWhwsGj8>> Acesso em: 13 set. 2018.

elemento formador do direito e do processo penal, no lugar da razão ordenamento jurídico preestabelecido pelo Estado²².

Nesse sentido, o referido autor afirma que²³:

a cultura de emergência e a prática da exceção, antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do nosso ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna [...].

Ademais, ainda informa que²⁴:

[...] o abandono das regras e dos princípios jurídicos não é permitido em tempo de paz contra os cidadãos, mas apenas “contra os inimigos... Em face do originário direito de natureza de fazer a guerra, na qual a espada não julga, nem o vencedor faz a distinção entre nocente e inocente... nem existem outras considerações, para acordar-se a clemência, senão aquela que conduza ao bem do próprio povo.

Verifica-se que dentro da “emergência penal”, ao invés de ser aplicado o direito processual penal do cidadão, aplica-se o direito processual penal do inimigo. Logo, quando o Poder Judiciário, com o objetivo de desarticular condutas delituosas praticadas pelas organizações criminosas, se propõe a usar de meios autoritários, como no caso de expedir mandado de busca e apreensão coletivo/genérico, está se propondo a alterar as regras do Estado Democrático de Direito para assim se aplicar o direito processual penal do inimigo e não mais do cidadão.

Não obstante o raciocínio, tendo em vista na situação Rio de Janeiro onde, em função de décadas de descaso do poder político, as organizações criminosas dominam vasto território urbano, localizado especialmente em periferias desorganizadamente estabelecidas, em que grande parte das residências sequer possuem endereço ou nítida separação entre si, dificilmente se pode cumprir devidamente o que prevê o art. 243, I do CPP.

Nessas circunstâncias, quando a ordem constitucional é posta em risco, Manuel Gonçalves Ferreira Filho ensina que para enfrentar circunstâncias anormais as Constituições preveem a possibilidade de se atribuir poderes anormais aos governos²⁵. Consequentemente, conforme ensina José Afonso da Silva, o Estado de Direito dispõe de normas extraordinárias

²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 649.

²³ *Ibid.*, p.649.

²⁴ *Ibid.*, p. 666.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.239

aplicáveis em tempo de grave crise constitucional para que seja restabelecida a ordem e a normalidade constitucional²⁶.

Portanto, a Constituição Federal prevê o Estado de Defesa e o Estado de Sítio como medidas excepcionais de defesa do Estado e das instituições democráticas quando houver uma grave crise constitucional. Nesse sentido, leciona Walter Claudius Rothenburg que²⁷:

Ao prever uma disciplina jurídica para tais momentos excepcionais, a Constituição institui mecanismos de autopreservação, a fim de evitar, seja a falta de regulação jurídica (que abriria espaço para a utilização arbitrária do poder público ou mesmo da força bruta, sem limites jurídicos predefinidos), seja o afastamento (suspensão) indiscriminado e episódico da Constituição ou de importantes normas suas, seja a quebra (abandono, ruptura) definitiva da Constituição.

No entendimento de Walber de Moura Agra, nos termos do art. 137, I e II, da Constituição Federal, os motivos que permitem a decretação do estado de sítio e do estado de defesa podem ter origem interna, como catástrofes naturais ou rebeliões, ou externa, como no caso de declaração de guerra²⁸.

Ainda, segundo o autor, a diferença entre o estado de sítio e o estado de defesa reside na intensidade das restrições de direitos à serem adotadas, pois o estado de sítio adota medidas mais gravosas para os direitos fundamentais do que o estado de defesa²⁹.

Nos termos do art. 137, I e II da Constituição Federal, os motivos que ensejam a instalação do estado de sítio são: (i) comoção de grave repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; e (ii) declaração de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.

Sendo assim, caso as hipóteses descritas no Estado do Rio de Janeiro sejam consideradas pelo poder constituído como um ato de rebelião, por se tratar de um ato paramilitar onde uma organização decide não mais acatar ordens ou a autoridade de um poder constituído, a Constituição Federal, em seu art. 137, I, prevê a possibilidade de ser decretado o Estado de Sítio³⁰.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*: São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.767.

²⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentário ao artigo 136 a 137º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 2972.

²⁸ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.763

²⁹ Ibid.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*: São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.767.

O Estado de Sítio só pode ser instaurado por meio de decreto do Presidente da República, nos termos do art. 84 da Constituição Federal, observados os requisitos formais previstos nos art. 137 e 138, §2º e 3º.

O referido decreto deverá dispor sobre o local, a duração, às normas necessárias para execução, e as garantias constitucionais que deverão ser suspensas no Estado de Sítio, cujo objetivo consiste na construção de uma legalidade extraordinária, temporalmente e geograficamente limitadas, com a finalidade de manter ou reestabelecer a ordem constitucional³¹.

Desta forma, dentre as medidas coercitivas e garantias fundamentais suspensas, que podem ser adotadas durante a vigência do Estado de Sítio, encontra-se a restrição a inviolabilidade domiciliar, sendo possível, dentro do território em que se decreta o Estado de Sítio, a execução de mandados de buscas e apreensões coletivos/genéricos que podem, inclusive, serem expedidos independentemente de ordem judicial se assim prever as normas de execução no decreto presidencial.

Não obstante, José Afonso da Silva ainda ensina que “cessado o estado de sitio, cessarão os efeitos sem prejuízo das responsabilidades pelos ilícitos cometidos pelos seus por seus executores ou agentes, que são, como foi dito, a legalidade extraordinária implantada com sua decretação e as providencias de sua execução”³².

CONCLUSÃO

Destaca-se a relevância jurídica e social que possui o presente artigo científico, vez que o objeto amplo de seu estudo, o mandado de busca e apreensão, tem influência direta sobre os direitos fundamentais do cidadão e as devidas cautelas que devem ser adotadas pelas autoridades no devido processamento e cumprimento deste instrumento processual.

Conforme disposto ao longo do presente artigo, constatou-se que o mandado busca e apreensão tem por objetivo restringir de direitos fundamentais, em especial a inviolabilidade do domicílio, intimidade e a vida privada, para, assim, atender as demandas da persecução penal. Ademais, verificou-se que sua natureza jurídica se dá de acordo com a finalidade pretendida, podendo ser meio de prova, meio de obtenção de prova ou medida instrumental, ou seja, possui natureza jurídica multifuncional.

³¹ Ibid., p. 768.

³² Ibid., p. 769.

Ato contínuo, delimitando o objeto restrito do estudo, restou identificado que mandado de busca e apreensão genérico/coletivo é aquele que, ao ser expedido, não preenche de forma adequada todos os requisitos formais dispostos nos incisos do art. 243 do Código de Processo Penal. Contudo, verificou-se uma polêmica em torno do termo “mais precisamente possível”, disposto no inciso I do art. 243 do CPP, que tem por finalidade individualizar o mandado de busca e apreensão.

Embora em caráter minoritário, destacou-se argumentos de doutrina, argumentos de autoridades públicas e decisões judiciais no sentido de que o cumprimento literal do dispositivo no art. 243, I do CPP inviabiliza a realização de diligências imprescindíveis para a apuração de infrações penais graves, em especial as praticadas por organizações criminosas que possuem elevado poder bélico e domínio territorial nas áreas periféricas do Rio de Janeiro, pois grande parte das residências ali situadas não possuem nítida individualização ou endereço, sendo impossível, para estes casos, a expedição de mandado de busca e apreensão nos exatos termos do art. 243, I do CPP.

Em seguida, constatou-se que, apesar de existir algumas decisões contrárias, em especial proferida pelos juízes de primeira instância, predomina o entendimento nos tribunais estaduais e nos tribunais superiores de que o ordenamento jurídico pátrio não comportado a existência do mandado de busca e apreensão coletivo/genérico, pois, por se tratar de restrição de direitos e garantias fundamentais, a autoridade estatal deve observar estritamente os procedimentos e formalidade previstos na ordem constitucional e legal.

Não obstante, foi apontado entendimento no sentido de que na situação do Rio de Janeiro onde, em função décadas de descaso do poder político, as organizações criminosas dominaram vasto território urbano, localizado especialmente em periferias desorganizadamente estabelecidas, em que dificilmente se pode cumprir devidamente o que prevê o art. 243, I do CPP, pode o poder constituído, caso entenda que as situações descritas no Rio de Janeiro configurem ato de rebelião, por se tratar de um ato paramilitar onde uma organização decide não mais acatar ordens ou a autoridade de um poder constituído, com fundamento no art. 137, I, da Constituição Federal, decretar o Estado de Sítio.

Por fim, vislumbrou-se que, em sendo decretado o Estado de Sítio, dentre as medidas coercitivas e garantias fundamentais suspensas, que podem ser adotadas durante a vigência, encontra-se a restrição a inviolabilidade domiciliar, sendo possível, dentro do território em que se decreta o Estado de Sítio, a execução de mandados de buscas e apreensões

coletivos/genéricos que podem, inclusive, serem expedidos independentemente de ordem judicial se assim prever as normas de execução no decreto presidencial.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Hc 95.009-4/SP*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2895009%2E+OU+95009%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gouahgq>>. Acesso em: 13 set. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-22/juiza-rj-autoriza-busca-apreensao-coletiva-cidade-deus>>. Acesso em: 13 set. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. Mandado de busca e apreensão coletivo: Violação constitucional ou alternativa viável quando impossível a individualização do imóvel?. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2018/02/19/mandado-de-busca-e-apreensao-coletivo-violacao-constitucional-ou-alternativa-viavel-quando-impossivel-individualizacao-imovel/>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: Salvador: JusPodivm, 2016.

NESTOR Távora; ROSMAR Rodrigues Alencar. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2017.

O GLOBO. *Governo federal vai pedir mandados de busca e apreensão coletivos no Rio*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/governo-federal-vai-pedir-mandados-de-busca-apreensao-coletivos-no-rio-22411128#ixzz5RWhwsGj8>> Acesso em: 13 set. 2018.

PARECER-32.218/2018-MARÇO-JV/SF. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/pgr-favoravel-mandado-busca-apreensao.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2018.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*: São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.