

**CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO JOSÉ
CURSO DE DIREITO**

**MARCOS VINICIUS DA SILVA LINS
MATHEUS DOS REIS FLOR
BIANCA FREIRE**

**A (IN)COMPATIBILIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO
GENÉRICO À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO**

Rio de Janeiro

2022

A (IN)COMPATIBILIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO

THE (IN)COMPATIBILITY OF THE GENERIC SEARCH AND SEIZURE WORD IN THE LIGHT OF THE HOMELAND LEGAL SYSTEM

Marcos Vinicius da Silva Lins e Matheus dos Reis Flor

Graduando(s) do Curso de Direito do Centro Universitário São Jose.

Bianca Freire Ferreira

Advogada atuante nas áreas cível e penal. Membro da Comissão de Direito Militar da OAB/RJ. Atualmente cursa doutorado em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) Bacharel em Direito (2012). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá (Pós-Graduação *lato sensu*/ Especialização, 2015). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Candido Mendes (Pós-Graduação *lato sensu*/Especialização 2018). Mestre em Sociologia Política pela Universidade Candido Mendes. Pesquisadora do Programa de Estudos de América Latina e Caribe - núcleo de pesquisa do Observatório de Direitos Humanos da América Latina - do Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro de Comissões Organizadoras de Seminários Internacionais sobre a Defesa e Garantia dos Direitos Humanos. Pesquisadora integrante do Laboratório Interdisciplinar de História do Direito (LIHD) a Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Autora de artigos e capítulos de livros.

RESUMO

O mandado de busca e apreensão genérico, em regra, é expedido em face de criminosos que se refugiam em comunidades carentes, onde reside parcela da sociedade desprovida de condições mínimas para uma vida digna. Em razão disso, inúmeras arbitrariedades por parte do Estado são cometidas, principalmente por conta da generalidade, bem como pela ausência de delimitação do supracitado meio de obtenção de provas. Portanto, revela-se urgente e imprescindível definir a (in)compatibilidade do supramencionado instituto, a fim de que seja observado o devido processo legal. Este estudo tem por objetivo analisar a compatibilidade do mandado de busca e apreensão genérico a partir de fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais, o que se fez através de uma pesquisa bibliográfica do tipo descritiva.

Palavras-chave: Mandado genérico. Busca e apreensão. (In)constitucionalidade.

ABSTRACT

The generic search and seizure warrant, as a rule, is issued in the face of criminals who take refuge in needy communities, where a portion of society deprived of the minimum conditions for a dignified life resides. As a result, numerous arbitrariness on the part of the State are committed, mainly due to the generality, as well as the absence of delimitation of the aforementioned means of obtaining evidence. Therefore, it is urgent and essential to define the (in)compatibility of the aforementioned institute, in order to observe the due legal process. This study aims to analyze the compatibility of the generic search and seizure warrant from legal grounds, doctrinal and jurisprudential, which was done through a bibliographic research of the descriptive type.

Keywords: Generic warrant. Search and seizure. (Um)constitutionality.

INTRODUÇÃO:

Segundo Ferrajoli (2010), o direito de punir do Estado (*ius puniendi*) surge a partir da prática de determinada infração penal pelo autor do fato delituoso. Nesse viés, é imprescindível que o Estado reúna justa causa para deflagrar a persecução criminal em juízo.

Nessa toada, um dos instrumentos de obtenção de prova utilizado pelo Estado é o mandado de busca e apreensão, consagrado no art. 240 e seguintes do Código de Processo Penal - CPP. Contudo, é importante salientar que a utilização do supracitado instituto dependerá do fiel atendimento aos requisitos elencados no art. 243 do referido Código.

Nesse sentido, é possível afirmar que há divergência quanto à interpretação desse dispositivo infraconstitucional, o qual tem causado repercussões processuais que, em última análise, interferem na própria segurança jurídica. Explica-se: a redação legal permite que se extraiam duas normas jurídicas em sentido diametralmente opostos.

Por um lado, há posição sustentando a possibilidade da expedição de mandado de busca e apreensão genérico, calcado na expressão “*o mais precisamente possível*” contida no art. 243, inciso I, do CPP.

Por outro lado, a doutrina majoritária entende que o supramencionado dispositivo merece interpretação restritiva, pois constitui exceção à regra da inviolabilidade domiciliar garantida no art. 5º, inciso XI da Constituição Federal de 1988.

Com base nisso, será discutida a aplicação do mandado de busca e apreensão genérico, bem como os argumentos sustentados por ambas as posições com o fim de determinar sua compatibilidade ou não com o sistema jurídico em vigor.

Este estudo tem por objetivo geral analisar a compatibilidade do mandado de busca e apreensão genérico a partir de fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais e como objetivos específicos conceituar a busca e apreensão e examinar sua aplicabilidade em nosso sistema jurídico pátrio, bem como elencar os argumentos favoráveis e desfavoráveis, demonstrando os reflexos práticos relacionados à sua aplicabilidade.

Justifica-se o tema tendo em vista que o mandado de busca e apreensão genérico, em regra, é expedido em face de criminosos que se refugiam em comunidades carentes, onde reside parcela da sociedade desprovida de condições mínimas para uma vida digna. Em razão disso, inúmeras arbitrariedades por parte do Estado são cometidas, principalmente por conta da generalidade, bem como pela ausência de delimitação do supracitado meio de obtenção de provas.

Portanto, revela-se urgente e imprescindível definir a (in)compatibilidade do supramencionado instituto, a fim de que seja observado o devido processo legal. Nesse sentido, como explica Ferrajoli (2010, p. 747), ainda que exista uma “emergência penal” em ver o indivíduo sendo processado, o Estado deve respeitar os limites constitucionais, sob pena de sua atuação configurar uma conduta típica de arbitrariedade e de autoritarismo penal – o Estado deve se valer da regra do jogo.

Para a realização do estudo será utilizada a pesquisa bibliográfica do tipo descritiva.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O mandado de busca e apreensão visa à obtenção de provas, onde a busca é a diligência promovida pelas autoridades policiais para encontrar pessoa ou coisa. A busca e apreensão divide-se em dois ramos, os quais o Artigo 240 do Código de Processo Penal trata da seguinte forma:

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 (BRASIL, 1941, s/p.).

Quando se trata de busca domiciliar, confronta-se diretamente com o que prevê o Artigo 5º Inciso XI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que versa sobre um direito fundamental do homem. A invasão do domicílio de alguém, portanto, pode ser considerada uma falta gravíssima. Por se tratar de um assunto tão importante, as únicas autoridades que podem autorizar uma busca domiciliar, ou seja, autorizar outros indivíduos a buscar provas ou apreender algo ou alguém em algum domicílio são os juízes (BRASIL, 1988).

Em um mandado de busca e apreensão deve ser observado, impreterivelmente, o Artigo 5º Inciso XI da Constituição de 1988, segundo a o qual: “XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;” (BRASIL, 1988).

Sobre a busca pessoal, segue-se o Artigo 244 do Código de Processo Penal que versa sobre tal: “Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.” (BRASIL, 1941).

Nos casos de busca pessoal, não se deve confundir a busca pessoal por razões contratuais (exemplo: revistas em festas) com a busca pessoal de natureza processual penal.

Sobre a execução do mandado, segue-se o artigo 245 do Código de Processo Penal, o qual aduz:

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 represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

§ 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 lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º (BRASIL, 1941, a/p.).

No caput do citado artigo é usada a palavra dia, que gera algumas opiniões diferentes entre estudiosos do assunto e doutrinadores. Para muitos, refere-se à presença da luz solar, apesar de tal conceito levar a uma insegurança jurídica para julgamento de diversos casos. Se o conceito dia referir-se tão somente à luz solar, estará sendo colocada em cheque a segurança e a intimidade do lar.

Para Tourinho Filho (2012, p. 34), “o dia estende-se das 6 às 18 horas”. Celso de Mello, por sua vez, diz que deve ser adotado um “critério físico-astronômico, como o intervalo de tempo entre a aurora e o crepúsculo”. Posicionando-se com uma visão mais abrangente, Alexandre de Moraes fala que “a aplicação conjunta de ambos os critérios alcança a finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite.”

Outra palavra que merece atenção no Artigo 245 do CPP é a palavra casa. Casa é qualquer compartimento não franqueado ao público, sendo de posse ou propriedade de alguém. Alguns exemplos, considerando-se casa, pelo Supremo Tribunal Judiciário são: *motor home* e *boleia de caminhão*. O Artigo 150 do CPP define a expressão casa:

§ 4º – A expressão “casa” compreende:

- I – qualquer compartimento habitado;
 - II – aposento ocupado de habitação coletiva;
 - III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.
- § 5º – Não se compreendem na expressão “casa”:
- I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;
 - II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero (BRASIL, 1941, s/p.).

Deve-se dar destaque, no CPP, ao Artigo 243 que versa sobre algumas prescrições que o mandado de busca deve atender. Dentre elas, no inciso I encontra-se a mais relevante: “O mandado de busca deverá indicar o mais precisamente possível, a casa que será realizada a diligência”. Deste inciso, pode-se retirar o entendimento de que se não for possível precisar com exatidão a casa, deve-se delimitar, ao menos, a região da casa. Segue o Artigo 243 do Código de Processo Penal:

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 (BRASIL, 1941, s/p.).

Os mandados de busca e apreensão genéricos, assunto polêmico e muito debatido após o início da Intervenção Federal decretada pelo presidente Michel Temer em 16 de fevereiro de 2018, não é uma medida nova do Judiciário. Na última década foi aplicado em quatro situações apenas na cidade do Rio de Janeiro.

- Outubro de 2011: Complexo do Alemão.
- Março de 2014: uma semana antes da ocupação do Complexo da Maré pelas Forças Armadas é autorizada a medida no local.
- Novembro de 2016: mandado de busca e apreensão coletivo na Cidade de Deus.
- Agosto de 2017: favela do Jacarezinho, autorizada medida após morte de policial civil em operação no local.

O Mandado de busca e apreensão faz-se necessário em operações de cooperação e coordenação com agências tendo em vista a facilidade de ocultação de

provas ou passagem de materiais ilícitos entre casas vizinhas nos locais de aplicação dessas operações.

Raul Jungmann, antigo ministro da Defesa no período de 12 de maio de 2016 a 27 de fevereiro de 2018, explica que a medida não é uma carta branca e tal medida judicial já foi utilizada outras vezes na cidade do Rio de Janeiro. Afirma que pessoalmente é a favor da medida e fala:

Em lugar de você dizer rua tal, número tal, você vai dizer digamos uma rua inteira, uma área ou um bairro. Aquele lugar inteiro é possível que tenha um mandado de busca e apreensão. Em lugar de uma casa, pode ser uma comunidade, um bairro ou uma rua, explicou. Jungmann afirmou que caso o interventor, general Braga Netto, entenda que há necessidade da utilização das Forças Armadas, "isso passará pelas Forças Armadas e pelo Ministério da Defesa, como vinham acontecendo (AGÊNCIA ESTADO, 2018, s/p.).

Visando verificar os aspectos positivos e negativos da aplicação do mandado de busca coletivo, faz-se necessário um estudo mais aprofundado a respeito do tema.

A BUSCA E APREENSÃO E SUA CONSTITUCIONALIDADE

Segundo Oliveira (2014, p. 62), a busca e apreensão é uma medida judicial que “restringe os direitos individuais a fim de averiguar pessoas, coisas, fatos, os quais serão prendidos, apreendidos ou simplesmente registrados, bem como assegurar provas ou indícios que se fazem indispensáveis à instrução”.

Assim sendo, o autor chama atenção para a existência das garantias individuais, que encontram-se expressas no art. 5º, X e XI da Constituição Federal de 1988, onde destacam-se a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem e da casa, salvo por determinação judicial (OLIVEIRA, 2014).

Com relação à inviolabilidade da casa, o art. 150, parágrafos 4º e 5º do Código Penal assim aduzem:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero (BRASIL, 1940, s/p.).

No entanto, Oliveira (2014) ressalta que o ordenamento jurídico falha ao não definir de forma bem delineada as definições de intimidade, vida privada, honra e imagem, o que faz com que o aplicador da lei observe os princípios da legalidade, proporcionalidade e necessidade, a fim de que não haja de encontro à Constituição, o que poderia inclusive caracterizar inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito.

Assim, o autor afirma que a busca pode ser caracterizada como medida cautelar coercitiva de obtenção de coisas ou pessoas, o que torna-se uma exceção às normais garantias de liberdade individual, assegurando ao processo “coisas que podem servir a prova ou prender o imputado, ou, ainda, outra pessoa acusada de delito ou evadida” (OLIVEIRA, 2014, p. 75).

O Código de Processo Penal em seus artigos 247 e 250 dispõem sobre os requisitos, procedimentos e formalidades para a realização da busca, a qual poderá ocorrer em fase pré-processual, antes ou durante o inquérito e em caso de flagrante, devendo a mesma ser determinada pela autoridade judiciária competente, não podendo haver delegação desta competência nem mesma para a autoridade policial, a menos que se trate de busca pessoal.

De acordo com a Constituição Federal (1988), invasão de domicílio é crime sujeito à sanção penal, exceto em casos como: consentimento do morador; desastre; prestar socorro e casos de flagrante delito.

Para os casos de cumprimento do dever legal; exercício regular de um direito e autorização judicial, os mesmos deverão ser cumpridos durante o dia, sendo que o art. 240, parágrafo 1º do CPP coloca os objetivos das buscas domiciliares:

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 (BRASIL, 1941, s/p.).

Haverá exceções a esses objetivos somente em casos especiais, facultados por leis especiais. As buscas domiciliares deverão ser fundamentadas de forma séria e segura caso contrário, não poderão ser realizadas.

Assim, Pitombo (2005, p. 128) afirma:

A lei processual determina que se expeça mandado judicial para entrada em casa alheia, quando houver “fundadas razões”, para procurar pessoas, coisas ou objetos, que tenham relação com fato pesquisado. As “fundadas razões”, a que alude o Código, não se confundem com meras suspeitas. Há que se ter motivos concretos, fortes indícios da existência de elementos de convicção (seja da acusação, ou da defesa), que se possam achar na casa, a qual se pretenda varejar.

O mandado deverá, de acordo com o art. 243 do CPP, conter os seguintes requisitos: indicação do domicílio onde será realizada a diligência, bem como o nome do proprietário ou morador e os fins e motivos da diligência. Deverá ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer.

Segundo Lopes Júnior (2012, p. 706):

A busca domiciliar tem por finalidade proceder com a prisão de indivíduos cuja prisão já fora previamente decretada. Prossegue o autor apontando que tal busca objetiva, ainda, a apreensão de coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, armas e munições ou quaisquer outros instrumentos utilizados para a prática de crime ou destinados a fim delituoso.

Tais buscas deverão ocorrer durante o dia, que compreende o horário entre 6 e 18 horas, sendo que após a realização da diligência será lavrado um auto circunstanciado, no qual constará tudo que foi verificado durante a mesma (OLIVEIRA, 2014).

Já a apreensão, de acordo com Oliveira (2014), consiste em tomar algo de alguém ou de algum lugar para que se produza prova ou preserve direitos, sendo destacado pelo autor que a finalidade da busca é sempre a apreensão.

O Poder Constituinte Originário consagrou como regra a inviolabilidade domiciliar. Porém, no caso de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial, admite-se o ingresso no domicílio sem o consentimento do morador. É o que revela o artigo 5º, XI, da Constituição Federal de 1988:

Nessa linha, pode-se afirmar que o mandado de busca e apreensão é um dos instrumentos judiciais que mitigam a inviolabilidade domiciliar. Dessa forma, não restam dúvidas que, neste caso, tem-se a relativização de uma garantia constitucional e, em razão disso, dentro de um Estado Democrático de Direito, devem ser rigorosamente observados os limites constitucionais, sob pena da atuação estatal recair em ilegalidade ou abusividade de poder.

Lopes Júnior (2012, p. 706) afirma que:

A busca domiciliar tem por finalidade proceder com a prisão de indivíduos cuja prisão já fora previamente decretada. Tal busca objetiva, ainda, a apreensão de coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, armas e munições ou quaisquer outros instrumentos utilizados para a prática de crime ou destinados a fim delituoso.

Para Rosa (2014), a discricionariedade e subjetividade é dada à autoridade judicial tendo em vista a utilização do termo “fundadas razões”, no entanto, há de serem apresentadas tanto a necessidade quanto a urgência para que o mesmo seja deferido, cabendo ressaltar que os mesmos precisam estar vinculados ao devido processo legal, não sendo aceita simplesmente a suspeita.

No mesmo diapasão, Pitombo (2005, p. 128) aduz:

A lei processual determina que se expeça mandado judicial para entrada em casa alheia, quando houver “fundadas razões”, para procurar pessoas, coisas ou objetos, que tenham relação com fato pesquisado. As “fundadas razões”, a que alude o Código, não se confundem com meras suspeitas. Há que se ter motivos concretos, fortes indícios da existência de elementos de convicção

(seja da acusação, ou da defesa), que se possam achar na casa, a qual se pretenda varejar.

Assim, para que haja busca domiciliar, é preciso que o magistrado decrete o *fumus comissi delicti*, em outras palavras, a materialidade dos fatos, bem como os indícios da autoria, havendo sido comprovado o fato (LOPES JÚNIOR, 2012).

Para que o mandado seja cumprido é necessário algumas formalidades, sendo necessário resguardar os direitos fundamentais e a legalidade, caso contrário, a busca perderá sua validade (ROSA, 2014).

Com relação às buscas que são realizadas em casa habitada, as mesmas estão fundamentadas no art. 228 do CPP, o qual dispõe: “[...] a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que indispensável para o êxito da diligência” (BRASIL, 1941).

O poder punitivo no Brasil sofreu modificações nas últimas décadas, tendo em vista o combate ao tráfico de drogas, que a partir do século 20 tornou-se mais rigoroso. Com isso, a Lei de Drogas, Lei n. 11.343/06 abriu espaço para a expansão do poder punitivo, o que fez com que o Estado adotasse medidas de “guerra” para essa empreitada (ROSA, 2014).

Com isso, de acordo com Ferrajoli (2010), as regras estabelecidas pelo Estado são modificadas, onde encontra-se a aplicação do direito penal de exceção, o que faz com que os direitos constitucionais sejam aplacados.

Direito penal de exceção, de fato, designa simultaneamente duas coisas: a legislação de exceção em relação à Constituição e, portanto, a mutação legal das regras do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez degradada em relação à mesma legalidade alterada (FERRAJOLI, 2010, p. 747).

De acordo com Bauman (2001), as limitações muitas vezes são desconsideradas pelo Estado, onde buscas e apreensões genéricas são utilizadas, o que leva ao não atendimento dos requisitos formais que encontram-se previstos no art. 243 do CPP, ou seja, o endereço da busca não consta no mandado, o que implica na violação de direitos fundamentais.

Ainda no entendimento do autor, os mandados genéricos levam a excessos contra determinados grupos de indivíduos, os quais encontram-se em classes menos

abastadas. Nessa mesma linha de pensamento, Foucault (2009, p. 261) assevera que, “o Direito Penal é aplicável, na maioria dos casos, contra uma classe social degradada pela miséria, o que torna estranho crer que a Lei penal seria aplicável à sociedade como um todo”.

Ainda nesse mesmo entendimento:

O sistema penal seleciona indivíduos, assim como os criminaliza, levando em consideração a sua classe ou condição social. É evidente que existe uma demonstração de que os sujeitos não são igualmente vulneráveis perante o sistema, que, costumeiramente, orienta-se através de estereótipos. Assim, implica na rejeição do etiquetado, assim como daqueles que porventura se solidarize ou com ele interage de alguma forma (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 72).

Desta feita, questiona-se a respeito da (in)constitucionalidade dos mandados genéricos, onde deverá haver o amparo da Constituição Federal e da legislação vigente para que ocorra a realização da busca e apreensão.

Rosa (2014) lembra que, para a busca e apreensão considerada válida deverá estar dentro do que é previsto na Constituição Federal e na legislação processual vigente, assim, o fundamento do ato decisório deverá ser respaldado pelo disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, o que não ocorre nos mandados genéricos.

OS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICOS UTILIZADOS NAS OPERAÇÕES DE COORDENAÇÃO E COOPERAÇÃO COM AGÊNCIAS E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Durante a intervenção militar ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, foram expedidos diversos mandados de busca e apreensão genéricos, o que gerou um grande debate no meio jurídico a respeito de sua constitucionalidade.

O proibicionismo criminalizador das condutas previstas na Lei nº 11.343/06, a Lei de Drogas, viabilizou a expansão do poder punitivo, aplicando-se ideias de “combate” e “guerra” como norteadores do controle social institucionalizado estatal, o sistema penal. Este combate visa a anulação das práticas daqueles que produzem, comercializam e consomem as substâncias entendidas pelo

Estado como ilícitas. Todavia, não serão todos os indivíduos que procedem com as práticas ora descritas terão em seu desfavor o direito penal máximo (LEITE, 2015, s/p.).

Com isso, surge a utilização do mandado de busca e apreensão genérico.

Segundo Kadanus (2018), o mandado de busca e apreensão genérico não encontra-se previsto no Código Penal, no entanto, o Conselho da República e o Conselho da Defesa reuniram-se, a fim de cogitar pedir ao Judiciário a expedição de mandados de busca e apreensão genéricos durante a intervenção federal no Rio de Janeiro.

No entanto, Ferrajoli (2010, p. 766) afirma que:

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 culpado e inocente.

Alguns legisladores dizem que tal medida viola a Constituição Federal, uma vez que esses mandados têm abrangência mais ampla, permitindo que a polícia entre em casas onde os moradores não são suspeitos de cometer crimes, ao contrário do mandado de busca e apreensão tradicionais, que preveem o objeto e destinatário específicos (KADANUS, 2018).

Para Kadanus (2018), o mandado genérico abrange uma região, o que pode gerar conflito de direitos fundamentais, no entanto, o autor chama atenção para o fato de que em decretação de estado de sítio, por exemplo, a Constituição Federal permite a flexibilização dos direitos fundamentais.

Embora não encontre previsão legal, tais mandados genéricos já foram expedidos no Espírito Santo, Brasília e Rio de Janeiro, normalmente em comunidades pobres, onde há a prática de tráfico de drogas, justificando-se os mesmos pelo fato das comunidades terem sido urbanizadas sem critério algum o que tornaria difícil singularizar as residências (KADANUS, 2018).

Ressalta-se que tanto a Ordem dos Advogados do Brasil quanto a Defensoria Pública do Rio de Janeiro se posicionaram contra tal expediente, tomando as medidas judiciais cabíveis a fim de impedir tais mandados.

Apesar do questionamento a respeito de sua constitucionalidade, há correntes a favor dos mesmos, como é o caso de Santoro Filho (2012), que alega que “tempos excepcionais exigem medidas também excepcionais”, inclusive, se necessário, com a suspensão de garantias constitucionais, conforme previsões dos artigos 136 (estado de defesa) e 137 (estado de sítio) da Constituição Federal.

No entanto, o autor chama atenção para o fato de que somente o Chefe de Estado poderá decretar a suspensão das garantias individuais, bem como somente poderá fazê-lo em hipóteses estritamente previstas pela Constituição Federal, não podendo em hipótese alguma o judiciário suprimir as garantias dos cidadãos.

Assim, para que tais direitos e garantias individuais sejam violados, é preciso que se observe o princípio da legalidade, cabendo à lei, nos limites permitidos pela Constituição Federal, propiciar sua relativização e sua flexibilização.

De acordo com Kadanus (2018), o principal benefício do mandado de busca e apreensão genérico nas operações de coordenação e cooperação com agências realizado no Rio de Janeiro diz respeito à realidade urbanística da cidade, onde bandidos se escondem nas comunidades e se deslocam facilmente.

Assim, este tipo de mandado produz uma melhor eficácia do trabalho a ser desenvolvido pelos militares juntamente com as polícias, pois uma vez que o bandido se desloque, o mesmo poderá ser preso em qualquer outro local (KADANUS, 2018).

No entanto, mesmo existindo pontos positivos, ainda assim, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, os mandados genéricos são inconstitucionais, principalmente no que diz respeito à violação das garantias constitucionais da intimidade e da inviolabilidade do domicílio, conforme se vê pelo julgamento do HC 95.009:

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’. Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos

quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro, usado contra quem se pretenda atingir (Supremo Tribunal Federal, HC 95.009-4/SP, Rel: Min. Min Eros Roberto Grau, 2008).

Fairclough (2018, s/p.) aponta que:

Diante da necessidade específica do caso concreto e de provas, o juiz pode decidir de forma fundamentada pela busca e apreensão domiciliar em área delimitada, com limite territorial certo e definido, sem que haja abuso ou violação a direitos fundamentais. É a forma mais eficiente de fazer prevalecer a lei e as determinações da Justiça. Submetida ao crivo do Judiciário, cessam a incerteza, a arbitrariedade e a indefinição, que o legislador constitucional buscou evitar.

Com isso concluiu-se que o mandado de busca e apreensão que não especifica endereço da residência e as finalidades para o cumprimento dos mesmos vão de encontro à Constituição Federal, violando assim os preceitos constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as mudanças de paradigmas verificadas nas últimas décadas por parte do poder estatal em relação a coibir o crime, principalmente o tráfico de drogas, verificou-se que algumas medidas adotadas são questionadas, à medida em que as mesmas vão de encontro à Constituição Federal.

Uma destas medidas diz respeito ao mandado de busca e apreensão genérico, o qual teve sua aplicabilidade nos estados do Espírito Santo, Distrito Federal e Rio de Janeiro. Por se tratar de um mandado que não define o objeto nem especifica o endereço e a finalidade do mesmo, não encontra respaldo no CPP.

Com isso, formaram-se duas correntes de legisladores, uma a favor de tal instituto e outra contra, os quais analisam das mais diversas formas a constitucionalidade ou não de tais mandados.

O próprio Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade do mesmo, o que fez com que todos os envolvidos neste processo de descriminalização ficassem muitas vezes de pés e mãos atados, principalmente nas operações realizadas no Rio de Janeiro.

Devido ao alto grau de criminalidade, o estado do Rio de Janeiro colocou as Forças Armadas nas ruas, a fim de fazerem um trabalho em conjunto com as polícias, para coibir a criminalização.

Essas operações de coordenação e cooperação com agências iniciou-se com a expedição de vários mandados genéricos, o que beneficiava as Forças Armadas e a Polícia à medida em que os militares podiam cumprir o mandado de busca e apreensão de um indivíduo onde ele estivesse.

Isso porque as comunidades do Rio de Janeiro são urbanizadas de forma ilegal, não permitindo um controle singular sobre as mesmas. Assim sendo, um indivíduo pode facilmente se locomover, escondendo-se em outro local, sem que os militares possam efetuar a apreensão do mesmo.

O fato do mandado de busca e apreensão genérico ser considerado inconstitucional coloca em risco o êxito das missões de descriminalização, uma vez que os meliantes, sabedores deste processo, tendem a fugir para comunidades vizinhas, a fim de não serem pegos.

O trabalho das polícias é dificultado, e embora a legislação permita uma flexibilização em relação às suas normas, observando-se contudo o princípio da legalidade, ficou patente, principalmente após decisão do STF, que o mandado de busca e apreensão coletivo é inconstitucional e em hipótese alguma deverá ser utilizado.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. **Mandado coletivo de busca e apreensão pode ser medida extra, diz Jungmann.** 2018. Disponível em: <www.correio.braziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/02/19/interna_politica,660720/mandado-coletivo-de-busca-e-apreensao-pode-ser-medida-extra-diz-jungm.shtml>. Acesso em: 15 set. 2022.

BAUMAN, Z.; MAY, T. **Aprendendo a Pensar com a Sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2010.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 set. 2022.

FAIRCLOUGH, R. R. **É legal mandado de busca e apreensão em área delimitada e definida**. 2018. Disponível em: <www.conjur.com.br/2018-out-24/richard-fairclough-legal-busca-apreensao-area-definida>. Acesso em: 17 set. 2022.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

KADANUS, K. **O que é e para que serve o polêmico mandado de busca e apreensão coletivo**. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/o-que-e-e-para-que-serve-o-polemico-mandado-coletivo-de-busca-e-apreensao-95uo85ljt0wyuc8es6jv0b0jt>. Acesso em: 17 set. 2022.

LEITE, A. R. **Análise constitucional do mandado de busca e apreensão genérico no processo penal**. Disponível em: <www.andreleite.jusbrasil.com.br/artigos/261653507/analise-constitucional-do-mandado-de-busca-e-apreensao-generico-no-processo-penal>. Acesso em: 10 set. 2022.

LOPES JÚNIOR, A. C. L. **Direito Processual Penal**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, E. P. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

PITOMBO, C. A. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROSA, A. M. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTORO FILHO, A. C. **Busca e apreensão coletiva**. Disponível em: <www.jus.com.br/artigos/22941/busca-e-apreensao-coletiva>. Acesso em: 17 set. 2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011, São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.