



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO

Natália Souza da Fonseca

Rio de Janeiro  
2019

NATÁLIA SOUZA DA FONSECA

O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO

Artigo científico apresentado como exigência  
de conclusão de Curso de Pós- Graduação  
*Lato 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  
2019

## O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Natália Souza da Fonseca

Graduada pela Faculdade de Direito de Barra Mansa. Advogada.

**Resumo** – O ordenamento jurídico brasileiro garante direitos fundamentais. Todavia, há instrumentos que limitam esses direitos e garantias. Essas limitações devem ser interpretadas restritivamente, a fim de evitar redução demasiada dessas garantias. O mandado de busca e apreensão individual é previsto como uma dessas limitações ao direito à inviolabilidade de domicílio, possuindo previsão constitucional e infraconstitucional. Há outro instrumento que possui finalidade semelhante, mas não é regulamentado pela legislação brasileira tampouco é previsto constitucionalmente: o mandado de busca e apreensão coletivo. Esse instrumento é defendido por alguns operadores do Direito porque visaria combater a criminalidade, não obstante limitar a garantia à inviolabilidade de domicílio. O mandado de busca e apreensão coletivo é defendido com base no direito fundamental à segurança pública. Em razão desse contexto, é necessário analisar a sua (in) constitucionalidade.

**Palavras-chave** – Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Medidas probatórias. Inviolabilidade de domicílio. Segurança pública.

**Sumário** – Introdução. 1. Aplicabilidade do mandado de busca e apreensão coletivo. 2. Colisão entre o direito à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança pública. 3. O mandado de busca e apreensão é inconstitucional? Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de utilização do mandado de busca e apreensão coletivo, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Procura-se demonstrar que, em um Estado Democrático de Direito pautado, principalmente, pelo princípio da igualdade/ isonomia, equiparação ou paridade (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), o Poder Judiciário não deve dar azo, em suas decisões, ao cancro da desigualdade.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais que refletem a previsão do princípio da igualdade perante a lei, o qual traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. Desse modo discute-se a aplicação igualitária de determinados institutos jurídicos, como o mandado de busca e apreensão, por toda a sociedade, independente da condição social e econômica de um grupo.

A análise acerca do mandado de busca e apreensão coletivo recai sobre o campo de direitos constitucionalmente protegidos, quais sejam o direito à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança pública. Por isso analisa-se a ponderação desses direitos constitucionais,

a fim de expor a possibilidade de interpretar ampliativamente as situações nas quais é cabível o mandado de busca e apreensão individual, previsto no Código de Processo Penal.

O tema é controvertido na jurisprudência e merece atenção. Alguns operadores do Direito defendem a constitucionalidade do mandado de busca e apreensão coletivo, em razão da situação peculiar a qual é exposta pela crise na segurança pública.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar a problemática do instituto (mandado de busca e apreensão coletivo), mormente porque não se encontra regulado por lei tampouco previsto na Constituição Federal. Sua excepcional aplicação encontra respaldo em uma interpretação ampliativa do mandado de busca e apreensão individual, diante de crises na segurança pública.

Busca-se discutir, de maneira crítica, a (in) constitucionalidade do mandado de busca e apreensão coletivo, destacando a importância de verificar a possibilidade do uso desse mandado, à luz do direito à segurança pública. Isso a partir da ponderação entre esse direito e o direito à inviolabilidade de domicílio, ambos previstos na Constituição Federal de 1988.

Os capítulos abordarão temas distintos e de igual importância.

O primeiro capítulo busca discutir a viabilidade do mandado de busca e apreensão, considerando que ele será aplicado em setores específicos e determinados da sociedade, o que poderá causar um contexto de desigualdades. Não obstante ser possível ponderar direitos e princípios constitucionais, é necessário analisar as consequências e efeitos dessa ponderação, a fim de garantir a aplicação de um dos maiores pilares do ordenamento jurídico, a saber, o princípio da igualdade.

No segundo capítulo, será necessário aprofundar o estudo acerca da ponderação do direito constitucional à inviolabilidade de moradia e o direito à segurança pública. Ambos são de extrema importância e dependem, principalmente, de ações positivas por parte do Estado.

O terceiro capítulo aborda o ponto nodal da pesquisa. Após o estudo sobre as circunstâncias do instituto, busca-se demonstrar que as balizas constitucionais impedem a utilização do mandado de busca e apreensão coletivo.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.,

## 1. APLICABILIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO

O mandado de busca e apreensão individual, previsto no artigo 240, do Código de Processo Penal<sup>1</sup>, é um meio de prova cujo procedimento é revestido por algumas peculiaridades. Pacceli<sup>2</sup> o define como uma “medida de natureza eminentemente cautelar, para acautelamento de acervo probatório, de coisa, animais e até de pessoas, que não estejam ao alcance espontâneo da Justiça”.

A medida é excepcional e deve ser determinada pela autoridade judiciária, mediante ordem escrita e fundamentada, conforme art. 5º, XI, da CRFB (reserva de jurisdição), podendo ser domiciliar ou pessoal, conforme prevê a lei.

Leciona Uadi Lammego<sup>3</sup> que pelo “princípio da reserva de jurisdição, somente os magistrados podem praticar atos inerentes à função judicante, pois há assuntos que devem ser submetidos à esfera única de apreciação dos juízes”. Por isso a previsão do artigo. 241, do CPP, a qual enuncia que quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado, na parte em que permite à autoridade policial realizar a busca domiciliar sem o mandado judicial, não foi recepcionada pela atual Constituição.

Além disso, deve ser realizada durante o dia (período de 6 às 18 horas), como indica a doutrina<sup>4</sup>.

O mandado de busca e apreensão domiciliar é excepcional porque implica na quebra da inviolabilidade do acusado ou de terceiros, tanto no que concerne à inviolabilidade do próprio domicílio em sentido estrito quando no que se refere à inviolabilidade pessoal. Por isso, Nestor Távora<sup>5</sup> destaca que o mandado de busca e apreensão é cabível somente quando há

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

<sup>2</sup>PACCELI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 447.

<sup>3</sup>BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 584.

<sup>4</sup>TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fabio Roque. *Código de Processo Penal para concursos*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 484.

<sup>5</sup>Ibid., p. 483.

fundadas razões, “podendo ser utilizado na fase de investigação criminal, na fase recursal (art. 616, do CPP) e, até mesmo, durante a execução da pena”.

A presente pesquisa se debruça sobre a análise da busca domiciliar, sendo esta realizada na residência de um indivíduo.

Nesse sentido é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal interpreta o termo “casa”, para fins de violação de domicílio, de forma abrangente.

Assim, “o termo casa compreende: qualquer compartilhamento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”<sup>6</sup>.

Antes de abordar a análise da aplicação prática do instituto, cabe destacar que Bulos<sup>7</sup> aponta que a garantia à inviolabilidade de domicílio, “tradicional do Direito inglês, e consagrado em todo o mundo, vigora, no ordenamento jurídico brasileiro, desde o Império”.

A violação, excepcional dessa garantia se justifica porque a inviolabilidade de domicílio tem como objetivo proporcionar a segurança familiar, a paz e a privação do indivíduo, sujeito de direitos e deveres. Mas não pode ser transformada em reduto de impunidade, para acobertar a prática de crimes que em seu interior se realizam.

O Supremo Tribunal Federal classifica o rol das exceções à inviolabilidade de domicílio como *numerus clausus*, ou seja, um rol taxativo, previsto no já mencionado art. 5º, IX, da CRFB. As respectivas exceções são: se o morador consentir; estiver diante de flagrante delito; em caso de desastre; para prestar socorro; durante o dia, por determinação judicial<sup>8</sup>.

O direito à segurança pública, por seu turno, tem previsão constitucional no art. 144, da CRFB, o qual consiste na manutenção da ordem pública interna do Estado. Como a convivência harmônica reclama a preservação dos direitos e garantias fundamentais, é necessário existir uma atividade constante de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas<sup>9</sup>.

A finalidade da segurança pública, afirma Uadi<sup>10</sup>, “é manter a paz na adversidade, preservando o equilíbrio nas relações sociais. Por isso a Carta de 1988 considera um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, sendo exercida, pela polícia, para preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

---

<sup>6</sup>Ibid., p. 486.

<sup>7</sup>BULOS, op. cit., p. 581.

<sup>8</sup>TÁVORA; ARAUJO. op. cit., p. 487.

<sup>9</sup>BULOS, op. cit., p. 541.

<sup>10</sup>Ibid., p. 1454.

Como visto, o mandado de busca é apreensão se justifica para acautelar provas que não são adquiridas espontaneamente pela Justiça, mediante a observância dos requisitos legais. Os requisitos estão previstos no art. 243, do CPP, sendo um deles a indicação, o mais precisamente possível a casa em que será realizada a diligência.

Diante desse requisito a doutrina é unânime em afastar o cabimento do mandado de busca e apreensão coletivo e genérico. Paulo Rangel<sup>11</sup> exemplifica afirmando que “um só mandado para ingressar em todas as casas de uma vila, por exemplo, sem especificar quais, pelo que configura uma prova ilícita”.

Noutro giro, o subprocurador-geral da República<sup>12</sup> opinou em seu parecer, no *Habeas Corpus* nº 154.118<sup>13</sup>, pela possibilidade do mandado de busca e apreensão coletivo, afirmando que, em regra, o ordenamento jurídico proíbe a expedição de mandados de busca e apreensão genéricos. Porém, o subprocurador defendeu a ponderação da garantia à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança, acrescentando que direito de poucos cede diante da necessidade de todos.

O Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup>, no *Habeas Corpus* nº 91610, em outra oportunidade, anulou provas incluídas em um determinado inquérito policial, considerando que houve, no caso concreto, expedição e cumprimento de mandado de busca e apreensão genérico. Na oportunidade, o Ministro Celso de Mello criticou esse tipo de mandado, pois “gera problemas graves, que muitas vezes comprometem o regime de direito e garantias individuais”.

Desse modo, percebe-se que o tema é polêmico. O contexto ganha contornos ainda mais nebulosos quando a questão da aplicação setorial do mandado de busca e apreensão coletivo se mostra violadora do princípio da igualdade entre os cidadãos. Isso porque esse mandado visualiza como alvo os moradores de comunidades carentes, nas quais, inegavelmente, se concentra a criminalidade em razão de diversos fatores sociais e econômicos. Mas esse fato não justifica qualquer tratamento diferenciado sem fundamento constitucional para os moradores dessas comunidades.

---

<sup>11</sup>RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 475.

<sup>12</sup>MPSP. *Parecer nº 32.218/2018-MARÇO-JV/SF*. Disponível em: < [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao\\_Criminal/Artigos\\_e\\_Noticias/Seguranca\\_publica/pgr-favoravel-mandado-busca-apreensao.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Seguranca_publica/pgr-favoravel-mandado-busca-apreensao.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

<sup>13</sup>BRASIL. Superior Tribunal Federal. *HC nº 154.118/DF*. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313922724&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

<sup>14</sup>BRASIL. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/Noticia.asp?idConteu=153833>> Acesso em: 10 abr. 2019.

Leciona Rangel<sup>15</sup> que “não pode haver mandado de busca e apreensão coletivo e genérico, muito menos em uma favela que, também tem residências que devem ser respeitadas nos estritos limites da CRFB”. A Constituição foi elaborada para ser respeitada em todo o território nacional e não só no asfalto e nas áreas nobres das cidades.

Além disso, deve-se observar além do princípio da igualdade, legalidade o da presunção de inocência, esculpido no art. 5º, LVII, CRFB.

Se nem um réu não pode ser equiparado a um condenado, menos ainda o podem pessoas que nem são investigadas, pois ao expedir um mandado de busca e apreensão coletivo, a autoridade presume que pessoas são dignas de desconfiança simplesmente em razão do local onde residem.

## 2. COLISÃO ENTRE O DIREITO À INVIOABILIDADE DE DOMICILIO E O DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

O Título II da Constituição de 1988<sup>16</sup> trata, em cinco capítulos dos "Direitos e Garantias Fundamentais" assegurados no ordenamento jurídico brasileiro. As diferentes categorias de direitos fundamentais foram assim agrupadas: direitos individuais e coletivos (Capítulo I), direitos sociais (Capítulo II), direitos de nacionalidade (Capítulo III), direitos políticos (Capítulo IV) e direitos relacionados à participação em partidos políticos e à sua existência e organização (Capítulo V).

Os “direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas e deveres inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social”, leciona Uadi Lammego<sup>17</sup>.

A análise do cabimento do mandado de busca e apreensão coletivo se ampara na verificação da colisão entre dois direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil<sup>18</sup>, a saber: direito à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança pública.

---

<sup>15</sup>RANGEL, op. cit., p. 475.

<sup>16</sup>BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 28 mar. 2019.

<sup>17</sup>BULOS, op. cit., p. 526.

<sup>18</sup>BRASIL. op. cit., nota 17.



Esse conflito ocorre quando é necessário ponderar dois direitos fundamentais presentes na situação concreta, considerando que “os direitos fundamentais não dispõem de caráter absoluto, visto que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto constitucional”, conforme destacam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino<sup>19</sup>.

Os direitos e garantias fundamentais, em regra, são relativos, e não absolutos. Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal<sup>20</sup>. Não obstante, Uadi Lammego<sup>21</sup> aponta a existência de direito ou garantia fundamental absoluto, como o caso da proibição à tortura e do tratamento desumano ou degradante como um caso de direito fundamental absoluto, que deve ser exercido de maneira irrestrita.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino<sup>22</sup> lecionam que, no caso de conflito entre dois ou mais direitos fundamentais, o intérprete deverá lançar mão do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino<sup>23</sup> lecionam, ainda, que na hipótese de conflito entre direitos fundamentais, o intérprete deverá “realizar um juízo de ponderação, consideradas as características do caso concreto. Conforme as peculiaridades da situação concreta com que se depara o aplicador do Direito, um ou outro direito fundamental prevalecerá”.

Uadi Lammego<sup>24</sup> destaca que o direito à inviolabilidade domicílio esteve previstos nas seguintes Constituições brasileiras: Constituição de 1824 (art.179, n.7); Constituição de 1891 (art.72, §11); Constituição de 1934 (art.113, n. 16); Constituição de 1937 (art.122, n. 6); Constituição de 1946 (art.141, §15); Constituição de 1967 (art.150, §10); Emenda Constitucional n. 1/69 (art. 153), motivo pelo qual resta concluir pela extrema importância desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>19</sup>PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 15. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 103.

<sup>20</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 23452*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

<sup>21</sup>BULOS, op. cit., p. 534.

<sup>22</sup>PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p. 105.

<sup>23</sup>Ibid.

<sup>24</sup>BULOS, op. cit., p. 581.

Quanto a esse direito fundamental, é necessário considerar a reserva de jurisdição, previsto na Constituição Federal<sup>25</sup>, no art. art. 52, X.

As buscas e apreensões somente podem ser obtidas mediante mandado judicial. Isso porque “a essencialidade da ordem judicial para efeito de realização das medidas de busca e apreensão domiciliar representa, dentro do novo contexto normativo, a plena concretização da garantia constitucional pertinente à inviolabilidade do domicílio”, destaca Uadi<sup>26</sup>.

O direito fundamental à segurança pública, por seu turno, tem como finalidade manter a paz na adversidade, preservando o equilíbrio nas relações sociais. “Por isso a Carta de 1988 considera-a um dever do Estado, direito e responsabilidade de rodos, sendo exercida, pela polícia, para preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, *caput*)”, aponta Uadi<sup>27</sup>.

Diante desses dois direitos fundamentais igualmente previstos na Constituição Federal de 1988, é possível verificar um impasse na análise da (in) constitucionalidade do instituto do mandado de busca e apreensão coletivo.

O Código de Processo Penal prevê os requisitos do mandado de busca e apreensão. Um desses requisitos é, justamente, a indicação, mais precisamente possível, da 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. Também é necessário mencionar o motivo e os fins da diligência.

O mandado de busca e apreensão coletivo, por sua vez, não possui previsão legal, tampouco constitucional.

Nesse contexto, cabe destacar a importância do princípio da legalidade, que está insculpido no inciso II do art. 5º, da Constituição Federal, que prevê: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esse princípio é a base direta da própria noção de Estado de Direito, implantada com o advento do constitucionalismo, “porquanto acentua a ideia de governo das leis, expressão da vontade geral, e não mais ‘governo dos homens’, em que tudo se decidia a sabor da vontade, dos caprichos, do arbítrio de um governante”, leciona Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino<sup>28</sup>.

Relativamente ao Poder Público, o conteúdo do princípio da legalidade consagra a ideia de que o Estado se sujeita às leis e, ao mesmo tempo, de que governar é atividade cuja

---

<sup>25</sup>BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>26</sup>BULOS, op. cit., p. 585.

<sup>27</sup>Ibid., p. 1454.

<sup>28</sup>PAULO, op. cit., p.120.

realização exige a edição de leis. Assim, há a confirmação de que o Poder Público não pode atuar, nem contrariamente às leis, nem na ausência de lei. O princípio da legalidade, especificamente no que concerne à Administração Pública, é reiterado no *caput* do art. 37 da Constituição<sup>29</sup>.

Nesse sentido, Uadi Lammego<sup>30</sup> leciona que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário devem agir dentro da lei. “Qualquer ação por parte deles, seja para ordenar ato (conduta positiva), seja para abster fato (conduta negativa), somente será juridicamente válida se nascer da lei em sentido formal”.

Noutro giro, há outro princípio importante que auxilia na solução do conflito dos direitos fundamentais, a saber, o princípio da razoabilidade- proporcionalidade.

Luís Roberto Barroso<sup>31</sup> leciona que “o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça”. O autor, em síntese, acrescenta, ainda, que esse princípio é um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Portanto, a colisão entre direitos fundamentais é inevitável. O ordenamento jurídico é um sistema complexo que prevê mecanismos para a solução desses conflitos, como a possibilidade de ponderação de princípios e garantias fundamentais. Por isso, o mandado de busca e apreensão coletivo, à luz, principalmente do princípio da legalidade e, considerando, ainda, a análise da ponderação entre os direitos fundamentais à segurança pública e à inviolabilidade de domicílio, merece atenção especial. Ambos os direitos fundamentais, em conflito, possuem importância ao ordenamento, mas é preciso trazer à baila a análise de todo o sistema jurídico brasileiro, a fim de evitar abusos e atos inconstitucionais emanados, principalmente, do Poder Judiciário.

---

<sup>29</sup>BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>30</sup>BULOS, op. cit., p. 565.

<sup>31</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 174.

### 3. O MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO É INCONSTITUCIONAL?

A Constituição da República Federativa do Brasil, nos seus incisos X e XI, do art. 5º<sup>32</sup>, garante aos indivíduos o direito à intimidade, à privacidade e à inviolabilidade de domicílio. Esses direitos são garantias fundamentais cujas normas definidoras possuem aplicação imediata, conforme determina a inovadora previsão do parágrafo 1º do mesmo artigo<sup>33</sup>.

Cumprido destacar que quando se fala em direito fundamental, aborda-se uma categoria jurídica complexa, que pode ser analisada a partir de inúmeros enfoques. Isso porque, segundo a professora Jane Reis, “o significado que os direitos fundamentais assumem no constitucionalismo contemporâneo é resultado de um longo processo histórico em que foram sendo ampliados, de forma progressiva, seu alcance e força vinculante no ordenamento”<sup>34</sup>.

Os direitos fundamentais são normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico<sup>35</sup>.

O direito fundamental merecedor de destaque na presente abordagem é o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, que, para alguns autores é uma espécie de manifestação do direito à privacidade, igualmente previsto na Constituição Federal. Tecendo sobre o elucidado, Nelson Flavio Firmino<sup>36</sup> discorre:

distingue-se ainda o direito de privacidade do direito de intimidade. Considera-se que a vida social do indivíduo se divide em pública e privada. Por privacidade deve-se entender os níveis de relacionamento ocultados ao público em geral. Assim, na esfera da vida privada há um outro espaço que é o da intimidade. Dir-se-ia que o espaço privado compreende o direito à privacidade e o direito à intimidade. [...] A inviolabilidade do domicílio constitui manifestação do direito à privacidade.

Quanto ao caráter absoluto ou não dos direitos fundamentais, embora haja concordância quanto ao caráter relativo desses direitos, a noção do que sejam limites constitucionais é um dos aspectos mais problemáticos da teoria dos direitos fundamentais<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup>BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>33</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos e Fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 126.

<sup>34</sup>PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 113.

<sup>35</sup>MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 18.

<sup>36</sup>FIRMINO, Nelson Flavio. *Curso de Direitos Fundamentais*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p.42.

<sup>37</sup>PEREIRA, op. cit., p. 179.

Desse modo, a professora Jane Reis<sup>38</sup> expõe:

alguns sustentam a impossibilidade lógica de os direitos sofrerem autênticas limitações, de modo que, *i*) Toda atividade legislativa reguladora dos direitos só pode ser de delimitação, ou seja, de fixação de seus contornos, ou limites internos, tendo em vista que o conteúdo constitucional dos direitos não submetidos à reserva legal é irrestringível; *ii*) A atividade judiciária de interpretação não pode importar restrições ou afastamento dos direitos, devendo limitar-se a buscar o enquadramento da situação fática posta em juízo na definição constitucional do direito. Outros. De forma diversa indagam que delimitar o conteúdo do direito e restringi-lo são coisas diferentes, porquanto a primeira diz respeito aos lindes do direito e a segunda é orientada por uma necessidade externa ao direito.

Assim, a discussão cinge-se essencialmente a possibilidade lógica de restrição dos direitos fundamentais.

Os defensores da utilização do mandado de busca e apreensão coletivo aduzem que o direito à inviolabilidade de domicílio não é o único direito fundamental envolvido na questão. Há também o direito à segurança pública, previsto no art. 144, da Constituição Federal<sup>39</sup>, o qual se reveste das mesmas características daquele direito.

Diante dos argumentos acerca da existência concomitante de dois direitos fundamentais, a saber, direito à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança, há, portanto, uma colisão (abordada no capítulo anterior).

Cumprido recordar que, em uma acepção ampla, são consideradas colisões aquelas situações em que os direitos fundamentais se chocam com interesses e bens comunitários protegidos constitucionalmente. Na concepção estrita, por seu turno, o problema das colisões abrange apenas os conflitos que envolvam direitos fundamentais<sup>40</sup>.

Há, no ordenamento jurídico pátrio, exceções ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, destacadas por Nelson Flávio<sup>41</sup>:

as exceções constitucionais ao princípio da inviolabilidade de domicílio já estão descritas no texto da CF, quais sejam: a) durante o dia, por determinação judicial, além da ocorrência das hipóteses previstas para a penetração à noite; b) durante a noite, no caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro.

---

<sup>38</sup>Ibidem., p. 180.

<sup>39</sup>BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>40</sup>MARMELSTEIN, op. cit., p. 272.

<sup>41</sup>FIRMINO, op. cit., p. 42.

Assim, o próprio ordenamento prevê exceções expressas ao direito fundamento à inviolabilidade de domicílio, não cabendo alargar tais exceções, pelo que esse direito não deve ser afastado em razão do direito à segurança, à luz da ponderação de interesses.

O direito à privacidade, na vertente do direito à inviolabilidade de domicílio, é a projeção espacial da pessoa; o espaço isolado, ambiente interno, utilizado para o desenvolvimento das atividades da vida e do qual a pessoa pretenda normalmente excluir a presença de terceiros. Da noção de casa fazem parte as ideias de âmbito espacial, direito de exclusividade em relação a todos, direito à privacidade e a não intromissão<sup>42</sup>.

Além disso, não há lei que regula o mandado de busca e apreensão. Com razão. Isso porque a condição de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo e, sobretudo, da lei, constitui um princípio assecuratório dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais possuem como uma de suas funções a proteção do indivíduo contra o estado e, segundo Manoel Gonçalves, “contra o legislativo, essa proteção está na exigência de constitucionalidade de seus atos. Sim, porque Constituição, quando rígida, impõe limites tanto formais quanto materiais”<sup>43</sup>.

À luz da ponderação, operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, o direito à segurança pública deve ceder ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio.

É importante considerar, ainda, a ausência, no ordenamento jurídico brasileiro, de lei a regular o mandado de busca e apreensão coletivo, tendo esse mecanismo utilizado apenas em casos isolados, como, por exemplo, em 2017, na Comunidade do Jacarezinho/RJ<sup>44</sup>.

Merece destaque também a previsão do Código de Processo Penal<sup>45</sup>, o qual estabelece que o mandado de busca e apreensão domiciliar deve “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”.

Portanto, considerando, ainda, o apontamento de Marcellus Polastri, no sentido de que “na busca e apreensão, como o nome indica, primeiro procura-se ou se busca o que se almeja, para, depois da efetiva localização, efetuar sua apreensão”<sup>46</sup>, é inafastável a especificidade e

---

<sup>42</sup>FIRMINO, op. cit., p. 42

<sup>43</sup>FILHO, op. cit., p. 91/92.

<sup>44</sup>OGLOBO. *Justiça suspende mandado coletivo de busca e apreensão no Jacarezinho*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/justica-suspende-mandado-coletivo-de-busca-apreensao-no-jacarezinho-21747205>> Acesso em: 1 abr. 2019.

<sup>45</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>46</sup>POLASTRI, Marcellus. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, p. 236.

individualidade do mandado de busca e apreensão domiciliar, sendo vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro o mandado de busca e apreensão coletivo, por ausência de previsão legal e amparo constitucional.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de conflito entre o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança pública, ambos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (atual Constituição Federal).

O ponto inicial da pesquisa foi expor, primeiramente, a existência do mandado de busca e apreensão individual, instrumento que busca apreender provas, elementos ou indícios para auxiliar uma ação penal. Esse mandado de busca e apreensão, quando realizado no domicílio da pessoa, encontra limites. Esses limites são descritos expressamente no texto constitucional.

Um desses limites, considerado o principal requisito, o qual é destacado também pelo Código de Processo Penal brasileiro, é a individualização do domicílio, alvo do mandado de busca e apreensão. Por isso é um instrumento individual, razão pela qual a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não preveem modalidade genérica desse mandado.

Ocorre que, com o aumento da criminalidade em algumas localidades específicas, bem como a necessidade de buscas a ser feitas em locais geograficamente complexos, parte dos operadores do Direito defendem outra modalidade de instrumento cuja finalidade também é servir como busca para elementos de prova, principalmente.

A pesquisa buscou demonstrar o posicionamento da jurisprudência brasileira no que diz respeito ao mandado de busca e apreensão coletivo. Isto é, em razão da ausência de previsão constitucional e inexistência de regulação legal, a pesquisa analisou se esse instrumento recebe acolhida nos Tribunais brasileiros e na doutrina.

Na prática, como demonstrado, o uso do mandado de busca e apreensão coletivo ocorreu em situações específicas e isoladas. Quando utilizado, juristas criticaram duramente esse instrumento, principalmente em razão da vedação expressa do uso de mandado de busca e apreensão cujo alvo seja indeterminado e genérico. Isso porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a necessidade de especificar, mais preciso possível, o domicílio a ser

atingido pela ordem. Por outro lado, há defensores do mandado de busca e apreensão coletivo. A pesquisa demonstrou a fundamentação da tese defensiva.

O mandado de busca e apreensão coletivo, segundo seus defensores, visa garantir a segurança pública, direito fundamental que também está previsto expressamente na Constituição Federal.

Diante desse contexto, a presente pesquisa buscou trazer as ponderações entre os direitos fundamentais envolvidos: direito à inviolabilidade de domicílio e o direito à segurança pública. Isso para analisar a (in) constitucionalidade desse instrumento.

Ambos direitos fundamentais são de suma importância. O direito à inviolabilidade de domicílio, que possui um aspecto amplo, considerando ao conceito alargado de “casa” utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, merece destaque. Isso principalmente na conjuntura atual da sociedade, na qual é possível presenciar, frequentemente, abusos de autoridade perpetrados, principalmente, nas camadas menos favorecidas da sociedade.

O direito à segurança pública também é extremamente importante. É um direito social que visa garantir a todos a segurança na mais ampla eficiência possível. Esses direitos fundamentais quando postos em conflitos causa discussões e análises que devem ser enfrentadas pelo Poder Público, mormente pelo Poder Judiciário.

Se o primeiro objetivo fundamental da República brasileira consiste em construir uma sociedade livre, isonômica, justa e solidária, não se mostra coerente concretizar isso por meio da supressão injustificada do direito à inviolabilidade de domicílio, direito este arraigado na história do ordenamento jurídico brasileiro cujo objetivo é, primordialmente, garantir a dignidade e a intimidade das pessoas.

Não obstante o apelo dos defensores do mandado de busca e apreensão coletivo, não se pode olvidar da flagrante ausência de previsão constitucional desse instituto. Merece destaque, ainda, que a legislação infraconstitucional, por seu turno, também expõe com clareza os requisitos para o mandado de busca e apreensão. Um desses requisitos é, justamente, a individualização do domicílio.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que o mandado de busca e apreensão coletivo carece de amparo constitucional e que seu uso, à luz do atual ordenamento jurídico pátrio, fere gravemente a ordem constitucional, democraticamente instalada nesse país. Dessa forma, além de violar flagrantemente um dos principais direitos



fundamentais, à inviolabilidade de domicílio, o mandado de busca e apreensão não encontra respaldado no ordenamento constitucional brasileiro, pelo que deve ser afastado.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 2 de abr. de 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 03 de abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=153833>> Acesso em: 10 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 154.118*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313922724&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 23452*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos e Fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIRMINO, Nelson Flavio. *Curso de Direitos Fundamentais*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PACCELI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 15. ed. São Paulo: Forense, 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

POLASTRI, Marcellus. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fabio Roque. *Código de Processo Penal para concursos*. 9. ed. Salvador: Juspodvm, 2018.