

**CESED - CENTRO DE ENSINO SUPERIOR E DESENVOLVIMENTO**  
**UNIFACISA – CENTRO UNIVERSITÁRIO**  
**CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**IOHANNA DE SOUSA QUEIROZ**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO**  
**COLETIVO: IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS DE INTIMIDADE E VIDA PRIVADA**

**CAMPINA GRANDE - PB**

**2021**

IOHANNA DE SOUSA QUEIROZ

A INCONSTITUCIONALIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO  
COLETIVO: IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS DE INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo Científico – apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela UniFacisa – Centro Universitário.

Área de concentração: Direito Constitucional e Direito Penal.

Orientador: Prof. Marcelo D’ Angelo Lara, Dr.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
(Biblioteca da UniFacisa)

XXXXX

Queiroz, Iohanna de Sousa.

A inconstitucionalidade do mandado de busca e apreensão coletivo: importância dos direitos de intimidade e vida privada / Iohanna de Sousa Queiroz. - Campina Grande, 2021.

Originalmente apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito da autora (bacharel – UniFacisa – Centro Universitário, 2021).

Referências:

1. Mandado coletivo. 2. Direitos fundamentais. 3. Inconstitucionalidade. I. Título...

CDU-XXXXXX(XXX)(XXX)

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo Científico - Inconstitucionalidade do mandado de busca e apreensão coletivo: importância dos direitos de intimidade e vida privada, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela UniFacisa - Centro Universitário.

APROVADO EM: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA:

\_\_\_\_\_  
Prof. da UniFacisa, Marcelo D'Angelo Lara,  
Dr..

Orientador

\_\_\_\_\_  
Prof. da UniFacisa,

\_\_\_\_\_  
Prof. da UniFacisa,

# A INCONSTITUCIONALIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

COLETIVO: a importância dos direitos de intimidade e vida privada

Iohanna de Sousa Queiroz\*

Marcelo D'Angelo Lara\*\*

## RESUMO

A princípio, cabe destacar que o presente artigo científico tem como principal objetivo abordar os diferentes aspectos relacionados a importância dos direitos fundamentais do cidadão, ressaltando o direito a intimidade e a vida privada, bem como os reflexos resultantes do mandado de busca e apreensão coletivo, perfazendo, também, uma análise da legalidade e constitucionalidade de tal instituto, a luz dos direitos fundamentais. Além disso, este trabalho enfatiza uma análise fática acerca de tais reflexos, bem como seu impacto na sociedade, abordando a natureza marginalizadora acerca dessa medida coercitiva, que, em regra, é feita de maneira genérica e aplicada aos indivíduos de classe social menos favorecida. Assim sendo, o estudo em questão foi fundamentado e pautado no posicionamento adotado pela doutrina e no entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores, buscando fazer o aparte desse posicionamento, bem como sua correlação com a realidade fática vivenciada no Brasil, levando-se sempre em primazia a Constituição Federal. Com efeito, visando alcançar tal finalidade, tem-se como base metodológica a utilização de pesquisa bibliográfica teórica, a partir de livros e artigos publicados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mandado coletivo. Direitos fundamentais. Inconstitucionalidade.

## ARTÍCULO

El principio, le cabe destacar que el presente artículo científico tiene como principal objetivo acercarse de los distintos aspectos relacionados a la importancia de los derechos fundamentales del ciudadanos, resalta en derecho a la intimidad y la vida privada, bien

---

\* Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito da UniFacisa - Centro Universitário. E-mail: iohannas@icloud.com. Telefone: (83) 98878-0447.

\*\* Mestre em Direito Penal pelas Faculdades Milton Campos. Doutor em Direito Penal pela UFPB. Docente do curso de Direito na UniFacisa - Centro Universitário. E-mail: marcelodlara@gmail.com

como los reflejos resultantes del mandato de la búsqueda y aprehensión colectiva, haciendo también, un análisis de la legalidad y constitucionalidad de tal Instituto, a la luz de los derechos fundamentales. Por eso, este trabajo, tiene énfasis en un análisis fáctico sobre tales reflejos, bien como su impacto en la sociedad que se acerca de la naturaleza marginalizadora sobre esta medida coercitiva, en que, en regla, el hecho, de manera genérica y aplicada a los individuos de clase social desfavorecida. Así, siendo, el estudio en cuestión fue fundamentado y guiado en el posicionamiento adoptado por la doctrina y también en el entendimiento jurisprudencial de los tribunales superiores, haciendo una búsqueda en el aporte de este posicionamiento, bien como su correlación con la realidad fáctica vivenciando en Brasil, llevándose siempre en primacía a la Constitución Federal. Con efecto, visando al alcance de tal finalidad, teniendo como base la metodología de la utilización de una búsqueda bibliográfica teórica, a partir de los libros y los artículos publicados.

**PALAVRAS-LLAVE:** Mandato Colectivo, Derechos Fundamentales, Inconstitucionalidad.

## **1 INTRODUÇÃO**

A Constituição, bem como o ordenamento jurídico brasileiro é formulada por um conjunto de regras, nas quais se observam as garantias fundamentais e valores que são absorvidos pelas normas infraconstitucionais. Surgindo assim, o chamado dever-ser necessário para a harmonia do ordenamento jurídico. O presente trabalho propõe um questionamento em torno dos direitos do cidadão em relação ao mandado de busca e apreensão coletiva, especificando seu impacto nos direitos constitucionais à intimidade e a vida privada, bem como uma análise acerca da sua constitucionalidade.

Entre as principais razões de violação da particularidade, destaca-se a inviolabilidade de domicílio que apesar de ser assegurada a todas as pessoas sofre vícios, referente a delimitação do que se considera domicílio ou não. Apesar de assegurada a todas as pessoas, lamentavelmente de forma indireta, nota-se que uma casta social se beneficia melhor, haja vista, que os palacetes não são violados pelos agentes públicos. Entretanto nos casebres periféricos há um desigual tratamento.

É bem verdade que o Estado tem obrigação e dever legal de exercer sua função social em fornecer residência aos mais necessitados, pois isto é, o que caracteriza minimamente a dignidade do cidadão, uma vez que possuindo uma moradia parcialmente digna e não se enquadrando nas exceções constitucionais, certamente os agentes públicos não a violarão, considerando que este ilícito ocorre em maior frequência nas casinhas com o subterfúgio de

procurar pessoas enquadradas em práticas ilegais sem o idôneo mandado de busca domiciliar deliberado pelo poder judiciário, insinuando que apenas os menos favorecidos fossem autores de ilícitos penais.

Vale ressaltar, que o princípio da igualdade, que proíbe tratamento desigual a fatos iguais, no qual não estabelece distinção entre as pessoas, vêm ganhando com o decorrer dos anos maior importância para o direito Constitucional sendo ele, “direito-guardião”, pois refere-se à essência dos direitos sociais, dentre os quais se encontra a inviolabilidade do domicílio.

O direito civil brasileiro salvaguarda a tese de que domicílio é o local onde a pessoa natural estabelece de forma definitiva residência como foco elementar de seus negócios jurídicos ou de seu exercício profissional, assim sendo o local onde reside sozinho ou com seus parentes. Com base no apresentado, o Estado através da sua representatividade, não deve medir esforços para suprir essa desigualdade de tratamento, infundindo aos seus agentes, a obediência ao princípio da inviolabilidade de domicílio, sem permitir que haja discriminação entre classes sociais.

O objetivo do presente trabalho é proporcionar um maior conhecimento sobre os direitos individuais das pessoas, tendo como foco os de intimidade, sobre uma perspectiva do mandado de busca e apreensão coletivo e sua legalidade e constitucionalidade. E para tanto, pretende-se realizar uma revisão bibliográfica, com pesquisas teóricas sobre o que é considerada residência ou não.

O método de abordagem partirá de uma situação geral para específica, uma vez o problema da invasão da vida privada pode existir em qualquer lugar, entretanto em certos locais, o problema toma uma proporção ainda mais alarmante, provando ser também algo cultural. As informações obtidas serão retiradas de contexto de livros, artigos, revistas e sites descritos na revisão bibliográfica para realização do presente trabalho.

O estudo em questão busca indagar a inconstitucionalidade dos mandados de busca e apreensão coletivos, como também, analisar os problemas decorrentes da desigualdade social no Brasil e como essa problemática pode comprometer o pleno êxito do Estado democrático de direito. Para tanto, analisar suas interconexões com a violação da vida privada e os respectivos fundamentos previstos em lei.

## **2 ENQUADRAMENTO NAS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A princípio, é fundamental para compreensão da presente problemática, uma análise acerca do enquadramento dos direitos fundamentais, em suas gerações. Nesse sentido, os direitos fundamentais podem ser entendidos como aqueles indispensáveis ao cidadão, possuindo pretensão universalista onde obrigam o Estado, num primeiro momento, a se abster de interferir nas relações individuais, ou seja, são os chamados direitos negativos. Assim, têm-se como exemplo a violação ao domicílio, pois é necessário que ele reconheça que os seres humanos devem e precisam ter liberdade, privacidade e intimidade. Não obstante, os direitos fundamentais não são exclusivos aos humanos, vale constar que tais direitos não protegem apenas as pessoas de direito físico, pois também asseguram proteção as pessoas jurídicas, pode-se ter como exemplo prático a inviolabilidade a privacidade.

Como exposto anteriormente, disserta Bertolo (2003), que a inviolabilidade de domicílio é uma conquista materializada com a Magna Carta em 1215 que possui cunho social, por meio de uma reclamação por parte dos barões sobre os direitos do João Sem Terra, a partir desse momento o novo tipo de Estado Liberal ganhou lugar, haja vista que anteriormente tinha-se o cenário de Estado Absoluto. E acrescenta que com o constitucionalismo ocidental, ocorrido no século XVIII, os direitos fundamentais começaram a ser inseridos no ordenamento jurídico de cada país e passaram a constar de instrumento no Texto Maior de cada nação, dando início aos ideais da Revolução Francesa.

Ao estudarmos a evolução dos direitos fundamentais, a doutrina estabeleceu, a priori, três gerações desses direitos, de forma sucessiva (BERTOLO, 2003). Entretanto, com a evolução da sociedade em correlação com o direito, os doutrinadores contemporâneos apontam para o surgimento de uma quarta geração. Dessa forma, essa evolução não é uma sucessão de espécies de direitos, ou seja, uma não substitui a outra, há um acréscimo de direitos com as novas exigências do ser humano, ocorrendo assim, uma harmonia entre eles, ou, como apontam algumas doutrinas, uma complementação, e para entendê-los é necessário relacioná-los com aqueles que fizeram parte do ordenamento jurídico.

### **2.1 GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Com os direitos fundamentais de primeira geração, houve uma valoração do homem diante do Estado, pois este trata-se dos direitos civis e políticos, ou seja, os direitos de liberdade inseridos no ordenamento jurídico. São reconhecidos como “direitos negativos” pois



garante a não intromissão do Poder Público na esfera íntima de cada indivíduo. Os direitos fundamentais de primeira geração são direitos de defesa, onde basicamente obrigam o Estado a se manter inerte, ou seja, em vez de agir, deve afastar-se das relações individuais e abster-se de interferir nas liberdades públicas. Fazem parte desses direitos, a liberdade de ir, vir e permanecer, a inviolabilidade do domicílio e a liberdade de profissão ou de associação. Entretanto, somente com a Revolução Francesa que tais direitos foram considerados universais já que com a Magna Carta, somente, os barões foram aquinhoados de direitos (BERTOLO, 2003). Porém a inação do Poder Público não foi suficiente para garantir o bem-estar das pessoas, pois com a expansão desses direitos, ocorreram também os abusos praticados pelos agentes representantes do poder, violando o domicílio de seus súditos, havendo assim, a necessidade de restringir a atuação estatal e a sociedade exigiu que fossem estabelecidas normas jurídicas para tal. Seguindo neste pensamento, entende-se que ao violar o domicílio certamente os direitos de intimidade e privacidade de seus titulares também serão violados, a casa é o reduto das pessoas, e os assuntos e fatos tratados neste local somente interessam aos moradores dela. Se os direitos de primeira geração aludem à abstenção do Estado, a inviolabilidade do domicílio quadra nessa geração de direitos (BERTOLO, 2003).

Apesar da conquista das liberdades públicas, estas não eram suficientes, pois de nada adiantava assegurar a liberdade de iniciativa privada se os cidadãos não tinham condições de se manterem vivos por seus próprios recursos, surgindo a necessidade de assegurar-lhes outros direitos. Os direitos de segunda geração surgiram no final do século XIX e dominaram o século XX, trata-se de direitos sociais, econômicos, culturais e coletivos, que foram introduzidos no constitucionalismo das várias formas de Estado social e referem-se a igualdade de todos (BERTOLO, 2003). Esse direito, ao contrário do de primeira geração, impõe ao Estado o dever de agir, seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efetivo desses bens jurídicos fundamentais como também a proteção dos bens jurídicos assegurados pelos mesmos bens fundamentais. Declarando que o Estado está obrigado a suprir necessidades vitais do homem e assim, realizar atividades que garantam o exercício de tais direitos, feito por meio da prestação de serviços, como por exemplo o direito a seguridade social, saúde, proteção, habitação, educação dentre outros.

Os direitos fundamentais de terceira geração estabelecem poderes de titularidade coletiva atribuídos a todos os membros da sociedade, como a fraternidade e consagram o princípio da solidariedade, referem-se à coletividade, como gênero humano como valor supremo, tais direitos podem ser exemplificados como os do consumidor ou do ambiente.

Assim, pode-se entender tais direitos como de significativo valor para sociedade, uma vez que a titularidade e exercício deles pertencem a coletividade. Desse modo, é resguardada a proteção desses direitos a todos os cidadãos por meio de ação popular, cuja legitimidade *ad causam* é do próprio cidadão (BERTOLO, 2003).

Recentemente fora necessário o acréscimo da quarta geração de direitos fundamentais, que, por sua vez, têm sua origem no desenvolvimento tecnológico dos países, os quais com o intuito de obterem poder desenvolveram armas nucleares. Por se tratar de um mal que põe em risco a vida da sociedade universal, foi iniciado o processo de desarmamento nuclear, como forma de preservação da humanidade.

Vale constar que somente se pode admitir como sendo direitos fundamentais de quarta geração, se tratarmos de avanços da medicina, por exemplo a mudança de sexo ou até mesmo a democracia participativa em função da utilização dos avanços tecnológicos, não se enquadrando nessa geração o casamento entre pessoas do mesmo sexo (BERTOLO, 2003).

## 2.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A sociedade adquire a cada momento histórico, novos direitos fundamentais. Assim, vimos que as normas definidoras de direitos fundamentais têm eficácia e aplicabilidade imediata, desse modo, com a promulgação da Constituição a entrada no domicílio somente poderá ocorrer nos casos previstos pelo Constituinte, pois o princípio da inviolabilidade do domicílio, não necessita de nenhuma legislação infraconstitucional para ter aplicabilidade e apenas em um desses casos é indispensável a participação do Judiciário para resolução dos conflitos eventuais. Os direitos individuais, sejam eles individuais ou coletivos, são relativos e por esse motivo não podem ser utilizados como proteção para prática de atos ilícitos, nem tão pouco como argumento para diminuir ou até mesmo evitar a responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, do contrário não seria possível um Estado de Direito (BERTOLO, 2003).

Os limites dos direitos e garantias fundamentais se encontram no próprio texto constitucional, e nenhuma norma constitucional possui valoração superior a outra, cabe ao intérprete analisar separadamente os casos para que seja encontrado uma solução, afastando temporariamente um princípio em detrimento da valoração de outro, sem extingui-lo do ordenamento jurídico (BERTOLO, 2003). Essa colisão entre os princípios, prevista na própria Constituição, não diz respeito a ineficácia do princípio afastado, apenas o mesmo não é aplicável naquele momento, como nos casos de preservação ambiental, quando a população invade as reservas ambientais no intuito de ali, fixarem suas residências, neste caso, surge

uma colisão de princípios, onde se o intérprete entender que deve prevalecer a preservação do meio ambiente, a invasão domiciliar não será considerada infraconstitucional, porém se o intérprete, reconhecer que o domicílio é inviolável, e esse espaço for violado, será configurada a violação de domicílio, pois entende-se que ali é o espaço indispensável a proteção da privacidade de outrem. Somente se a invasão ocorrer no estado considerado como de flagrância, que a mesma não será considerada inconstitucional, não se tratando desse caso, a invasão só poderá acontecer por determinação judicial, sem que haja ofensa ao princípio constitucional. Assim, se não existirem indícios, deverá prevalecer o direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, entretanto, se existirem indícios suficientes a necessidade de violação, caberá ao magistrado deferir a busca domiciliar (BERTOLO, 2003).

Isso posto, nota-se que a inviolabilidade do domicílio se trata de um direito fundamental individual limitado e sua violação apenas ocorrerá nas exceções previstas na Constituição.

Ao tratarmos da inviolabilidade do domicílio como princípio constitucional ressalta-se que eles são normas e estas compreendem os princípios como regras que atuam normativamente expressando valores fundamentais do ordenamento jurídico, dando validade as regras jurídicas. Como supracitado acima, a Constituição é um sistema de princípios que são passíveis de conflitarem entre si, sobretudo quando se trata dos direitos fundamentais do homem, onde para resolução, não há uma regra específica, sendo necessário uma análise caso a caso para que seja valorado um princípio e afastado, temporariamente outro princípio, sendo nenhum princípio possuindo validade absoluta sobre os demais.

A inviolabilidade de domicílio é um princípio constitucional imperativo, devendo ser obrigatoriamente respeitado não apenas pela sociedade como pelos agentes do Poder Público, seu descumprimento obriga aquele que o violou a reparar os danos moral e material causado além de incorrer em sanção penal (BERTOLO, 2003). Em se tratando de ente particular no que se refere á reparação de dano por violação de domicílio, o mesmo será responsabilizado civilmente por eventuais danos causados a terceiros, se o agente for inimputável, a responsabilidade recaí sobre seus devidos representantes legais. Se o domicílio for violado por agente público, o dano causado será de responsabilidade do Estado, com direito de ação regressiva contra o causador dos danos se agiu com culpa ou dolo.

### **3 DELIMITAÇÃO EPISTEMOLÓGICA SOBRE O ESTUDO DO DOMICÍLIO NO DIREITO BRASILEIRO**

A princípio, vê-se que o ordenamento jurídico brasileiro, embora coeso e sistemático, se subdivide em diferentes ramos do direito, cada qual com sua especificidade, abrangência e área de aplicação, sempre em estrita obediência à constituição.

Dessa forma, é possível compreender que determinados institutos serão diferentemente abordados e conceituados, a depender do ramo do direito ora aplicado. Nesse sentido, é possível conceber a figura do domicílio sobre diferentes óticas, a saber: a do direito penal, do direito constitucional e do direito civil.

Portanto, a fim de efetivamente compreender as mais diversas aplicações desse instituto, é oportuno seu estudo respeitando as delimitações epistemológicas envolvidas.

#### **3.1 DOMICÍLIO NO DIREITO PENAL**

De acordo com o autor Mirabete (2000), o conceito de domicílio pode ser dado como o de qualquer construção, aberta ou fechada, imóvel ou móvel, de uso permanente ou ocupada transitoriamente, ou seja, trata-se de “casa” e sua violação caracteriza crime previsto no art. 150 do Código Penal de 1940. A doutrina penal preocupou-se em proteger o lugar onde mora alguém, ou seja, o lar, onde os indivíduos podem sossegar, se trata de um conceito amplo, e contempla todo aquele ambiente onde se desenvolve a atividade familiar ou doméstica. Assim sendo, diverge da expressão “domicílio” prevista no Direito Civil. De acordo com Hungria (1956), domicílio para o direito civil é o lugar de residência com ânimo definitivo, o centro de ocupações habituais ou o ponto central de negócios, entretanto o direito penal, refere-se a habitação particular, o local reservado a vida íntima do indivíduo ou a sua atividade privada, seja ela coincidente ou não com o disposto no ordenamento jurídico cível. De certo, casa pode ser qualquer compartimento fechado, inclusive quarto de hospital, gruta, motel ou hotel, pois se trata de resguardar a privacidade e intimidade de seus ocupantes e assim sendo há motivos para salvaguardar todos os integrantes que gozam desta proteção legal e sua violação, sem o consentimento de seus ocupantes, caracteriza o delito de violação de domicílio (BERTOLO, 2003).

Nessa perspectiva, a norma penal não pune apenas a entrada clandestina em seus aposentos, como também a permanência sem a vontade do dono, se o agente é convidado para entrar na casa e um vez estando no interior penetrar voluntariamente em um dos cômodos,

pratica o delito de violação do domicílio (COSTA JÚNIOR, 2000), pois parte-se da propicia de que o mesmo recebeu autorização para entrar na casa e não para percorrer em seus interiores, no momentos que as portas forem cerradas ao público, o local passa a ser ambiente privado e sua violação, salvo as exceções previstas no texto constitucional configura a invasão de domicílio.

Nessa acepção, para efeitos penais, casa não é apenas residência, ou seja, local fixo que abriga um ou mais indivíduos, qualquer compartimento fechado onde alguma pessoa exerce sua profissão ou atividade laborativa (MIRABETE, 2001) é considerado casa e também possui essa garantia constitucional. Entretanto, aqueles locais destinados a recepção livre ao público, como recepções de hotéis, não constituem domicílio e por isso não há o que se discutir a respeito da violação. Outro exemplo de domicílio inviolável é o estabelecimento comercial que servir de residência, neste caso, apenas quando ele estiver fechado ao público (MIRABETE, 2001). Não se considera, violação de domicílio, adentrar nas repartições públicas, mesmo aquelas que possuem restrições de pessoas (BERTOLO, 2003) pois se trata de bens destinados ao público, sendo de uso especial.

Vale constar que, para o direito penal, as dependências da casa, desde que contenha um obstáculo como delimitante (MALUF, 1985) também estão amparadas pela proteção constitucional que diz respeito aos direitos de intimidade e privacidade. Tratando-se de propriedade rural, a violação do domicílio se configura quando alguém adentra clandestinamente no quintal da casa que servir de moradia, pois se refere ao local de privacidade dos integrantes da mesma (MIRABETE, 2001). Contudo, se não há interesse jurídico a ser preservado, não há configuração deste crime, ou seja, se a casa estiver desabitada, e for violada, como não há integrantes não há violação, porém, se ela for uma casa de veraneio que sirva de habitação aos seus donos, mesmo ausentes, neste caso, considera-se violação do domicílio (BERTOLO, 2003).

A violação do domicílio diz respeito ao dolo da conduta, este deve ser específico, ou seja, se a finalidade do agente não for a de violar o domicílio, ele será punido por essa conduta se considerada como delito (MIRABETE, 2001). Se um indivíduo adentrar numa residência para praticar o crime de homicídio, este será punido pelo crime que teve a intenção de cometer, seja ele tentado ou consumado. Isso porque não se trata da propriedade, se assim fosse, seria considerado crime a invasão em casa desabitada, o que não é, entretanto não se pode confundir a ausência de moradores com desabitação, casa onde estão ausentes os moradores estão protegidos pela inviolabilidade, no caso de conflito entre a vontade dos integrantes da casa, sobressai a vontade do chefe do lar.

Outra questão importante é o domicílio das pessoas que invadem terreno alheio para o fim de esbulho possessório, que seria a posse tomada de forma injusta sem o emprego de força, nesse caso é necessário que se configure o dolo específico com o intuito de assumir a posse, agindo assim, o crime é configurado e possui efeito instantâneo (DELMANTO, 1981), impedindo os agentes públicos de adentrarem no domicílio depois de algum tempo, caso contrário, praticam o crime de violação de domicílio. Admite o Código Civil, em seu art. 1.210 §1º, que o possuidor esbulhado poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, desde que o faça de imediato, porém uma vez que e fixe o domicílio dos invasores, também se torna necessário preservar os direitos de intimidade dos mesmos, a menos que se trate de situação de flagrância, os agentes públicos e os proprietários desses imóveis esbulhados não poderão adentrar no domicílio para retirar os invasores (BRASIL, 2002).

### 3.2 DOMICÍLIO NO DIREITO CONSTITUCIONAL

O constituinte brasileiro, reconhece que o conceito de casa é qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III). Assim sendo, os agentes públicos só devem adentrar em uma residência com o devido consentimento do morador, flagrante delito, prestação de socorro, casos de desastre ou mediante exibição de mandado judicial, devendo ser no período diurno como prevê a lei. E sua entrada, pode ser efetuada tanto pelos agentes do poder público como os particulares, desde que seja para cumprir alguma atividade que se trata de exceção a inviolabilidade de domicílio, prevista pela legislação.

A expressão “casa” abrange todos os tipos de edifícios, até mesmo as mais humildes casinhas, e por isso o direito constitucional foi feliz em utilizar essa expressão, assim protege um maior número de edificações, pois segundo o Código Penal, casa seria todo local onde há habitação coletiva e aqueles onde se pode exercer profissão ou atividade (BERTOLO, 2003).

Vale observar que, para o direito constitucional, nem todos os locais habitados são considerados como casa, a exemplo as repartições públicas, as pessoas que adentram sem serem devidamente anunciadas não praticam violação de domicílio, pois estes locais não são considerados domicílios, a celas presidiárias, apesar de ser reconhecida pelo direito Civil, não são consideradas casas, pois o preso está sobre proteção do Estado- administração e o próprio oferece a segurança prisional que esses ambientes necessitam (BERTOLO, 2003).

A respeito do flagrante delito, sendo ele presumido pode ocasionar violação ao domicílio, a exceção se concentra nos casos de flagrante real, se existir dúvidas os policiais devem evitar entrar nas residências sob pena de consumir o crime (BERTOLO, 2003).

Outrossim, o texto constitucional deixa claro o limite imposto ao cumprimento mandado de busca e apreensão, sendo este condicionado ao período do dia, definido em lei. Desse modo, deve ser observado pelos agentes públicos no cumprimento das diligências, tal condição, sob pena de incidir em crime de abuso de autoridade, nos termos da Lei nº 13.869/19.

Desse modo, para configuração de um *status libertatis* verdadeiramente fático, faz-se mister não apenas a garantia formal e material da inviolabilidade domiciliar, como também a adoção de condutas e normas que visem assegurar seu livre exercício, fazendo valer os princípios e os direitos individuais e coletivos, consagrados na Carta Magna de 1988 (COSTA JÚNIOR, 2000).

#### **4 DOS REQUISITOS DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO.**

O código de Processo Penal, conforme inteligência do artigo 240 § 1º, admite a busca domiciliar nas hipóteses ali positivadas. Nesse ínterim, é uma imposição legal a existência de elementos concretos de convicção que fundamentem o adentramento nas residências, não podendo admitir meras suspeitas isoladas. Desse modo, é imperioso que o mandado seja específico, devendo o juiz competente indicar se a pessoa ou a coisa procurada esteja possivelmente no local em que a busca será realizada (PERET, 2016).

Cabe destacar, contudo, que o juízo da autoridade judicial no tocante a legalidade e legitimidade do mandado de busca e apreensão deve ser realizado previamente, restando ao magistrado auferir certas condições, a saber: i) constatar fato gravoso de um delito ou crime capaz de ensejar o presente recurso, se fazendo este indispensável a instrução processual; ii) a existência de graves indícios de culpabilidade do incriminado, perfazendo a referida diligência como meio de corroborar uma presunção existente lastreada em provas; iii) existência de forte indício de que a busca resultará na descoberta dos elementos de convicção (ESPÍNOLA FILHO, 2000).

O autor Lopes destaca que a busca se distingue da apreensão, citando “busca é medida instrumental – meio de obtenção da prova – que visa encontrar pessoas e coisas. E apreensão, é medida uma cautelar probatória, pois se destina à garantia da prova” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 527).

Com isso, depreende-se que o mandado é dotado de uma natureza acautelatória, se caracterizando como meio de prova, por meio do qual se materializa mediante a presença do *periculum in mora*, ou seja, quando há a necessidade de se evitar que elementos fundamentais ao esclarecimento e elucidação de um crime sejam modificados ou desapareçam (CAPEZ, 2011). Portanto, impõe-se que a autoridade judicial autorize a busca e apreensão, sendo, contudo, as provas que não estão sob a égide dos direitos e garantias fundamentais a pessoa, consagrados na Carta Constitucional de 1988, consideradas nulas.

Diante do exposto, o juiz deve observar a presença de indícios *fumus commissi delicti*, ou seja, a certeza de autoria do delito, não podendo autorizar que os agentes policiais violem um determinado domicílio, baseado meramente em presunção. Isto é, as decisões genéricas são ilegais e incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, o mandado deve ser justificável e constar o endereço no qual a pessoa a ser presa reside, seu nome, coisas, armas, munições e instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, bem como deixar claro ao morador os motivos da diligência, em caso de não se lograr êxito na busca da coisa ou pessoa procurada, sendo facultado, contudo a pessoa que sofreu a busca em sua casa a exigência da ciência dos motivos da referida diligência, nos termos do art. 247 do Código de Processo Penal, podendo, com isso, verificar eventual responsabilização que entender cabível (PERET, 2016).

O autor Távora (2016) felizmente tratou da utilização do mandado, assegurando:

(...) apenas a autoridade judiciária pode determinar a realização da busca processual penal (art. 241, CPP, c/c part. 5º, XI, CF/1988). Nenhuma outra autoridade, inda que investida de poderes excepcionais de investigação, poderá expedir mandado de busca. Não podem determinar a busca e apreensão a autoridade policial (civil ou militar); o presidente da comissão parlamentar de inquérito; o Ministério público. Podem, entretanto, pedir restrição ao direito fundamental ao poder judiciário (TÁVORA, 2016, p. 735).

Destaca-se, portanto, que o resultado negativo da diligência do mandado é indiferente para análise de sua legalidade, ela não necessita de êxito para ser legal.

Haja vista a importância processual penal do mandado de busca e apreensão, faz-se fundamental sua correta e precisa aplicação por parte dos agentes públicos, como meio de validação e eficácia da prova ora obtida, resultante dele. Dessa forma, depreende-se do artigo 243 do Código de Processo Penal, os requisitos de validade intrínsecos ao mandado, que devem ser cumpridos e observados por todos os agentes envolvidos, abrangendo desde a sua origem até sua execução, *in verbis*:

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.
- § 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.
- § 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito (BRASIL, 1941).

Assim, conforme aponta o referido diploma legal, são requisitos indispensáveis a qualificação do mandado os requisitos supracitados, de forma que sua inobservância pode vir a ensejar a invalidade da diligência. Com isso, o mandado busca e apreensão deve ser específico, sendo vedado ao magistrado a concessão de mandado “em branco” ou que permita em seu conteúdo discricionariedade por parte dos agentes que vão executá-lo.

*In casu*, cabe destacar, também, que por expressa previsão legal, deve constar expressamente no mandado de busca ordem de prisão, se for o caso. Ademais, segundo o art. 243 § 2º do Código de Processo Penal, não se configura possível a apreensão de documentos que estejam em posse do defensor do acusado, ressalvados os casos em que tal documento constitua elemento do corpo de delito.

Portanto, vê-se que a inobservância dos critérios legais, pode vir a ensejar a nulidade da diligência ora realizada. Assim, o mandado de busca e apreensão concentra-se em sua finalidade e deve ser minuciosamente fundamentada, não cabe mera interpretação e presunção fática para deferimento do pedido, afastando de observar o dispositivo legal.

## **5 DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVO E SUA INCONSTITUCIONALIDADE**

Conforme já posto, o mandado de busca e apreensão coletivo, apesar de não previsto no ordenamento legal, deve ser respaldado em fatos, no qual apenas poderá ser autorizado quando auferido pela autoridade judicial que a solicitou, que no local proposto é possível constar a presença de pessoas ou objetos associados a comprovação de prática delituosa, descartando meras suspeitas genéricas (CUNHA, 2019).

A medida deve ser baseada em fatos, e por isso não se admite legalmente, mandado de busca e apreensão coletivo, de modo que, os agentes policiais que assim agirem cometem o crime de abuso de autoridade.

Por se tratar de uma medida que afronta diretamente os direitos de privacidade e intimidade domiciliar previsto na Constituição Federal em vigor no país, se configura como injusta toda decisão judicial que concederem permissão ao adentramento no domicílio, exceto nos casos referidos em lei, de autoridades representantes do Estado.

Desta forma, ressalta o Ministro do STJ Sebastião Reis Júnior que:

A carta branca à polícia é inadmissível, devendo-se respeitar os direitos individuais. A suspeita de que na comunidade existam criminosos e que crimes estejam sendo praticados diariamente, por si só, não autoriza que toda e qualquer residência do local seja objeto de busca e apreensão (BRASIL, 2019).

Isso posto, parafraseando o art. 243 do Código de Processo Penal, entende-se de fundamental importância que o mandado seja dotado de requisitos legais, a saber: indicação da casa; indicação do local; indicação da pessoa a ser apreendida. Dessa forma, devem ser preenchidos tais requisitos, a fim de validar o mesmo e prosseguir na diligência.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior de Justiça, em recente julgamento acerca da presente temática, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE CRIMES PRATICADOS EM COMUNIDADES DE FAVELAS. BUSCA E APREENSÃO EM RESIDÊNCIAS. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVA, GENÉRICA E INDISCRIMINADA CONTRA OS CIDADÃOS E CIDADÃS DOMICILIADOS NAS COMUNIDADES ATINGIDAS PELO ATO COATOR. **1. Configurada a ausência de individualização das medidas de apreensão a serem cumpridas, o que contraria diversos dispositivos legais, dentre eles os arts. 240, 242, 244, 245, 248 e 249 do Código de Processo Penal, além do art. 5º, XI, da Constituição Federal: 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. Caracterizada a possibilidade concreta e iminente de ofensa ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. 2. Indispensável que o mandado de busca e apreensão tenha objetivo certo e pessoa determinada, não se admitindo ordem judicial genérica e indiscriminada de busca e apreensão para a entrada da polícia em qualquer residência. Constrangimento ilegal evidenciado. 3. Agravo regimental provido. Ordem concedida para reformar o acórdão impugnado e declarar nula a decisão que decretou a medida de busca e apreensão coletiva, genérica e indiscriminada contra os cidadãos e cidadãs domiciliados nas comunidades atingidas pelo ato coator (BRASIL, 2019, grifo nosso).**

Logo, resta claro a ilegalidade do mandado de busca e apreensão coletivos, uma vez que não encontra respaldo na legislação, nem tampouco no texto constitucional, a previsão de um magistrado conceder um mandado que possa constranger domicílios dos indivíduos que não são alvos da execução dele.

Destarte, é latente que o mandado de busca e apreensão coletivo vai de contra as disposições legais e, além disso, é inconstitucional, uma vez que contradiz o direito fundamental de inviolabilidade do domicílio, amplamente consagrado na Carta Magna, resulta no constrangimento de cidadãos inocentes e, também, conforme aponta a doutrina majoritária, tem por objeto a resguarda de um bem jurídico inócuo.

Conforme os fatos supracitados, o mandando de busca e apreensão necessitam ser fundamentado e específico, observando todos os requisitos expostos no art. 243 do Código de Processo Penal. Porém não há como o magistrado fundamentar o mandando coletivo, pois ele sequer tem base textual para tal.

Nesse ínterim, adentrando-se em uma análise mais hermenêutica do texto constitucional, vê-se a função finalística da residência, pautada no ideal originário do constituinte, é de servir como base da intimidade do cidadão. Dessa forma, tanto a Lei Maior como as normas infraconstitucionais se dispuseram a dar relevante proteção a tal instituto jurídico, de modo a permitir sua relativização, porém, sobre estritas e expressas restrições (CAPEZ, 2011).

Nesse diapasão, é possível dirimir que o mandado de busca e apreensão coletivo, além de ser ilegal, é dotado de um caráter inconstitucional, uma vez que fere os preceitos e normas consagradas na Constituição (BOTTINI, 2019).

Ora, se está exposto preceitos de suma importância, que visam assegurar a intimidade e o asilo do cidadão, não é compreensivo que o magistrado, ao dissabor da Lei e do texto constitucional, viole tais preceitos.

Em uma análise fática, têm-se o caso da relativização errônea de tais preceitos no emblemático caso da intervenção federal no Rio de Janeiro, que enfatizou uma realidade mascarada do Brasil: sua desigualdade social. Dessa forma, as autoridades se revestiram da tutela jurisdicional para violar o direito dos brasileiros, que mesmo pertencendo às classes mais pobres e abastadas, são cidadãos e, por conseguinte, gozam de todos os direitos e garantias que o Constituinte tanto enfatizou no texto, tão claramente chamadas de cláusulas pétreas (BOTTINI, 2019).

De tal modo, é pendente majoritariamente a doutrina pátria, conforme se depreende da crítica feita pelo doutrinador Távora (2016, p. 737), “não se admite mandado genérico, permitindo uma devassa geral na residência, o que simboliza verdadeiro abuso de autoridade, ou mesmo mandado franqueado o ingresso em número indeterminado de casas de um complexo de favelas, ou de uma rua inteira”.

Portanto, resta clara a necessidade da tutela estatal no tocante à proteção aos preceitos consagrados na Constituição Federal, visando, com isso, assegurar os direitos e garantias do cidadão, sobretudo em seu âmbito mais intimista, a saber: seu lar. Dessa forma, em que pese a relativização de tais direitos, os mesmos devem ser feitos sob a égide da lei e em estrita consonância com a constituição, a fim de resguardar o bem de todos e, mesmo assim, se fazer cumprir a lei.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Portanto, a dignidade humana é um fundamento norte do Estado Democrático de direito, assim sendo, o Estado deve à luz das garantias constitucionais proteger os direitos de intimidade e privacidade, bem como a integridade física e moral de todos os indivíduos, sem distinção de raça, cor ou classe social, pois entende que o Estado existe em função do homem e não o contrário.

Destarte, depreende-se do presente estudo, a importância do mandado de busca e apreensão no direito Processual Penal, a fim de encontrar indícios de autoria e materialidade como meio de prova, bastante importante para instrução processual, contudo, ocorre a banalização dessas medidas pois elas são realizadas em qualquer limite ou circunstância. Entretanto, em que pese o mandado de busca e apreensão, têm-se que o mesmo não se aplica ao mandado de busca e apreensão coletivo, uma vez que, o mesmo sequer encontra-se previsão legal e além disso viola os preceitos da inviolabilidade do domicílio consagrados na Constituição Federal, se tornando assim, inconstitucional.

A própria legislação, delimita de forma minuciosamente precisa os procedimentos necessários para que magistrado autorize o cumprimento de mandado, dentro do que se prevê ser digno à moral e a dignidade humana. Todavia, fora observado ao decorrer das pesquisas teóricas em questão, um descumprimento da norma em infortúnio das classes sociais menos favorecidas, visto que sua aplicação ocorre em regra, nas comunidades carentes, favelas, guetos e casebres, enquanto, nos bairros nobres, grandes mansões e palacetes esta realidade praticamente não existe, patenteando o viés limitador do Estado e a desigualdade social.

Assim sendo, nota-se que enquanto o mandado simples de busca e apreensão, têm um conjunto de regras, que se preocuparam com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, a serem seguidas em comum acordo com o sistema jurídico, que se relaciona com os direitos de intimidade, vida privada, e dignidade da pessoa humana, já o mandado de busca coletivo não possui essa mesma previsão legal, impedindo o juiz de conceber sua realização, do contrário estaria fazendo-o de forma genérica e marginalizadora, como fora feito por exemplo, no citado caso da intervenção federal no Rio de Janeiro, onde uma grande parcela de indivíduos tiveram sua vida íntima exposta sem consentimento e de forma injusta, pois não estavam enquadrados nas condições legais do art. 243 do Código de Processo Penal, percebe-se e sua infração poderá gerar consequências penais, cíveis e administrativas, o que já fora supracitado ser ilegal.

Contudo, infelizmente ocorre a aplicabilidade do mandado de busca e apreensão coletivo, com a justificativa de serem colhidas provas suficientes para punir aqueles que descumprem as normas penais, ou até mesmo realizar uma busca domiciliar de criminosos, como forma de garantir a segurança pública coletiva, sucede uma ofensa as garantias daqueles que são inocentes e ainda assim, têm seu domicílio e, por conseguinte sua privacidade violada.

Desse modo, levando-se em consideração os fatos postos, é possível concluir que, em que pese a legalidade e efetiva aplicação do mandado de busca e apreensão, bem como sua importância como meio de prova na fase inicial da persecução penal, o mesmo não é imputável ao mandado de busca e apreensão coletivo. Isso, pois, conforme entende a doutrina e a jurisprudência pátria, trata-se o mandado de busca e apreensão coletivo de medida coercitiva que não encontra guarida legal, sendo, ademais, contrário aos princípios consagrados na Carta Magna, uma vez que sua aplicação resulta em dano a dignidade da pessoa humana, ofende os princípios constitucionais da culpabilidade, viola direitos dos inocentes e representa o meio dissimulado do Estado judicial para a criminalização da pobreza, que visam o etiquetamento dos indivíduos pobres desse país.

Isso posto, o mandado de busca e apreensão não deverá ser de forma coletiva, e deverá ser minuciosamente observado pela autoridade judicial as normas de aplicabilidade prevista no Código de Processo Penal, desprendendo-se de meras suspeitas genéricas e obedecendo os direitos fundamentais inclusive dos indivíduos mais pobres da sociedade que residem em favelas brasileiras, as decisões judiciais devem ser pautadas em circunstâncias fáticas tendo em vista a superveniência do Estado democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

BERTOLO, Rubens Geraldi. **Inviolabilidade do domicílio**. São Paulo: Método, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **STJ considera ilegal busca e apreensão coletiva em comunidades pobre do Rio**. São Paulo: Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-05/stj-considera-ilegal-busca-apreensao-coletiva-rio>. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 14 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Código penal. Rio de Janeiro: Planalto, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 11 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Código de processo penal. Rio de Janeiro: Planalto, 1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 20 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Código civil. Brasília: Planalto, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 14 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2016: dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**, Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm). Acesso em: 22 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas corpus nº 435934 RJ (2018/0026930-7), Rel. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma, julgado: 05/11/2019. Data de Publicação: DJe 20/11/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859903530/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-435934-rj-2018-0026930-7/inteiro-teor-859903605?ref=serp>. Acesso em: 05 nov. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CUNHA, Rogério Sanches. **STJ: é ilegal o mandado de busca e apreensão que não individualiza as residências examinadas**. São Paulo: Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.jusbrasil.com.br/artigos/784295314/stj-e-ilegal-o-mandado-de-busca-e-apreensao-que-nao-individualiza-as-residencias-examinadas>. Acesso em: 05 nov. 2021.

DELMANTO, Celso. **Código Penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 1981.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. v. 3. Atualizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALUF, Sahid. **Direito constitucional**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1985.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2001.

PERET, Leonardo. **(Re) pensando a busca e apreensão no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.