

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*“O objetivo da legislação é proteger  
o indivíduo em face da opressão de  
poder”.*

Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello

**WADIH NEMER DAMOUS FILHO**, brasileiro,  
divorciado, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o n.º. 768-B e no CPF/MF  
sob o n.º. 548.124.457-87, com endereço profissional na Avenida Marechal  
Câmara, 160/1204, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP 20020-080; em conjunto  
com **OS DEMAIS SIGNATÁRIOS**, vem, perante Vossa Excelência, com  
fundamento no artigo 5º, LXVIII, da Constituição da República e nos termos  
dos artigos 647 e ss. do Código de Processo Penal, impetrar a presente ordem  
de

### **HABEAS CORPUS COLETIVO**

*com pedido de liminar*

em favor de **TODO CIDADÃO BRASILEIRO**, em especial aqueles  
**moradores de comunidades carentes, negros, pobres e marginalizados**,  
que se encontram em permanente iminência de sofrer constrangimento ilegal  
a ser eventualmente imposto por todas as MM. Juízas e Juizes das varas  
criminais estaduais e dos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios;  
as MM. Juízas e Juizes Federais com competência criminal, os Tribunais  
Regionais Federais, Eleitorais e Militares; e o Superior Tribunal de Justiça;  
consubstanciado na possibilidade de decretação de medidas **de busca e  
apreensão coletivas e/ou genéricas**, em clarividente violação ao art. 243 e  
seus incisos, do Código de Processo Penal, e ao artigo 5º, LIV e LVII da  
Constituição da República, que consagram o devido processo legal e a  
presunção de inocência como princípios basilares do sistema jurídico  
brasileiro.

## 1. Breve introdução

Cada vez mais, a contemporaneidade da vida social exige uma compreensão mais profunda acerca dos direitos individuais fundamentais dos cidadãos.

As demandas postas em jogo pela rotatividade da evolução sócio estrutural impõem um entendimento amplo sobre quais são, e principalmente, como assegurar, de fato, as garantias conferidas ao grupo social.

Em última instância, este *writ* destina-se a reafirmar um destes mais basilares direitos, consagrado pelo ordenamento constitucional pós-Ditadura Militar, qual seja, a inviolabilidade do lar.

A expedição de mandados de busca e apreensão coletivos, sem individualização de sujeitos, objetos e locais específicos, apesar de medida completamente antijurídica e sem qualquer respaldo legal, tem sido aventada por autoridades dos poderes Executivo e Legislativo como uma das propostas de solução para os problemas enfrentados na seara da segurança pública nacional.

Alargada pelo recente debate causado pela implantação de uma Intervenção Federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro – primeira ocasião desde a promulgação da Constituição da República de 1988 – este tipo de violação já foi, inclusive, posto em prática pelos órgãos de justiça fluminenses em outras esporádicas situações. Em todos, foi rechaçada veementemente pelo Poder Judiciário<sup>1</sup>, em decisões que reafirmaram os direitos fundamentais ora aventados.

Isso porque, conforme a seguir será exposto, além de não encontrar guarida no ordenamento processual e constitucional, a medida traveste-se de ato profundamente discriminatório.

Sabe-se que os objetos deste tipo de medida estão localizados especificamente em áreas carentes, de favelas e bairros mais pobres das

---

<sup>1</sup> eg.: *Habeas Corpus* coletivo n°. 0220241.13.2017.8.19.0001, impetrado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro perante o TJRJ, com liminar deferida em regime de plantão pelo e. Desembargador João Batista Damasceno, a fim de fazer cessar a ilegalidade, suspendendo-se imediatamente o cumprimento dos mandados expedidos.

metrópoles brasileiras. A imensa maioria das pessoas afetadas, que terão suas intimidades violadas, não se encontram em condomínios de luxo, espalhados aos montes por parte do cenário urbano social, mas sim “escondidas”, nos rincões invisíveis aos olhos dos que detém o poder, eternamente maculadas pela imagem da marginalização genérica.

Ademais, como os direitos fundamentais são inerentes a qualquer ser humano de maneira precípua e uníssona, este remédio constitucional deve ser impetrado e conhecido em favor de **TODOS OS CIDADÃOS PERTENCENTES À SOCIEDADE BRASILEIRA**. A violação à garantia fundamental de um é a violação à de todos, e o subjugamento da dignidade humana enquanto direito fundamental natural atinge integralmente todo o grupo social.

Neste sentido, os direitos são unos, e assim devem ser compreendidos quando analisados dentro do sistema jurídico.

Emerge, portanto, a preocupação do impetrante em ver tutelados os direitos fundamentais constitucionais conquistados pela sociedade durante a evolução de suas batalhas estruturais.

Desta forma, coletivizadas as violações por parte do estado a partir de seu poder de polícia, coletivizada também há de ser a tutela jurisdicional correta ao caso concreto, advindo a obrigatoria admissibilidade do *habeas corpus* aqui impetrado, e a competência nacional do egrégio Supremo Tribunal Federal.

## 2. Da admissibilidade

### 2.1. Da necessidade de cabimento do *habeas corpus* coletivo

Determina a Carta Magna, por força do seu artigo 5º, LXVIII, que “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou **se achar ameaçado de sofrer violência ou coação** em sua liberdade de locomoção, **por ilegalidade ou abuso de poder**”.

Neste diapasão, faz-se perfeitamente possível a realização de atos que violem uma coletividade de indivíduos, de forma que a impetração de vários *writs* individualizados seria inconveniente e ineficiente. E isso deve-se a várias razões, como o constante risco de injustiças, o congestionamento do sistema de justiça e própria inviabilidade de exigir-se milhões de impetrações individuais pelo país.

O risco de injustiças reside no fato de que, se um ato atinge uma coletividade, seria necessário que todos os indivíduos afetados efetivamente buscassem a tutela jurisdicional para a cessação do abuso. E não há garantias de que isso ocorreria. A *ratio* do *habeas corpus* está contida na proteção da pessoa humana, de modo que seria ilógico não utilizar o meio mais eficiente para tal finalidade.

Além disso, há a questão da própria conveniência para o sistema de justiça. É preferível um *habeas corpus* coletivo que tutele um bem jurídico fundamental *in totum* do que a distribuição de vários *writs* individuais versando sobre a mesma matéria. Sabe-se que é comum que se reafirme diariamente o congestionamento de demandas no Poder Judiciário. Portanto, o argumento utilitarista da efetividade da tutela jurisdicional também está a favor do *writ* coletivo.

A jurisprudência, coerente com o que foi exposto, tem sido a favor da figura do *habeas corpus* coletivo:

“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. TOQUE DE RECOLHER. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. NORMA DE CARÁTER GENÉRICO E ABSTRATO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. **Trata-se de Habeas Corpus Coletivo** "em favor das crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrem em caráter transitório dentro dos limites da Comarca de Cajuru-SP" contra decisão liminar em idêntico remédio proferida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2. Narra-se que a Juíza da Vara de Infância e Juventude de Cajuru editou a Portaria 01/2011, que criaria um "toque de recolher", correspondente à determinação de recolhimento, nas ruas, de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsáveis: a) após as 23 horas, b) em locais próximos a prostíbulos e pontos de vendas de drogas e c) na companhia de adultos que estejam consumindo bebidas alcoólicas. A mencionada portaria também determina o recolhimento dos menores que, mesmo acompanhados de seus pais ou responsáveis, sejam flagrados consumindo álcool ou estejam na presença de adultos que estejam usando entorpecentes.

3. O primeiro HC, impetrado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, teve sua liminar indeferida e, posteriormente, foi rejeitado pelo mérito.

4. Preliminarmente, "o óbice da Súmula 691 do STF resta superado se comprovada a superveniência de julgamento do mérito do habeas corpus originário e o acórdão proferido contiver fundamentação que, em contraposição ao exposto na impetração, faz suficientemente as vezes de ato coator (...)" (HC 144.104/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 2.8.2010; cfr. Ainda HC 68.706/MS, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17.8.2009 e HC 103.742/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 7.12.2009).

5. No mérito, o exame dos consideranda da Portaria 01/2011 revela preocupação genérica, expressa a partir do "número de denúncias formais e informais sobre situações de risco de crianças e adolescentes pela cidade, especificamente daqueles que permanecem nas ruas durante a noite e madrugada, expostos, entre outros, ao oferecimento de drogas ilícitas, prostituição, vandalismos e à própria influência deletéria de pessoas voltadas à prática de crimes".

6. Apesar das legítimas preocupações da autoridade coatora com as contribuições necessárias do Poder Judiciário para a garantia de dignidade, de proteção integral e de direitos fundamentais da criança e do adolescente, é preciso delimitar o poder normativo da autoridade judiciária estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em cotejo com a competência do Poder Legislativo sobre a matéria.

7. A portaria em questão ultrapassou os limites dos poderes normativos previstos no art. 149 do ECA. "Ela contém normas de caráter geral e abstrato, a vigorar por prazo indeterminado, a

respeito de condutas a serem observadas por pais, pelos menores, acompanhados ou não, e por terceiros, sob cominação de penalidades nela estabelecidas".

**8. Habeas Corpus concedido para declarar a ilegalidade da Portaria 01/2011 da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cajuru”.**

(REsp 1046350/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 24.9.2009. Grifos nossos).

Em recente julgamento, a 2ª Turma deste Supremo Tribunal Federal conheceu e concedeu por maioria de votos a ordem nos autos do HC 143.641/SP, onde foi reconhecido o direito de substituição da prisão preventiva por segregação domiciliar a todas as mães de crianças até 12 (doze) anos de idade e portadoras de necessidades especiais.

Na ocasião, o e. Ministro Relator Ricardo Lewandowski fixou a tese de que o *habeas corpus* coletivo é a única solução possível para dirimir problemáticas jurídicas inerentes à coletividade como um todo.

*In verbis:*

“Com efeito, segundo constatei no Recurso Extraordinário 612.043-PR, os distintos grupos sociais, atualmente, vêm se digladiando, em defesa de seus direitos e interesses, cada vez mais, com organizações burocráticas estatais e não estatais (Cf. FISS, O. *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004).

Dentro desse quadro, a **ação coletiva** emerge como sendo talvez a **única solução viável** para garantir o efetivo acesso destes à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico”.

(Grifos nossos).

E continua:

“É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um **caráter**



Isso porque, por óbvio, a distinção de direitos entre indivíduos da sociedade não encontra guarida no ordenamento constitucional.

Já foi amplamente divulgado nos veículos de informação acerca do risco concreto de expedições de mandados de busca e apreensão coletivos no Estado do Rio de Janeiro.

Por exemplo, o divulgado no *blog* da jornalista Cristiana Lôbo: “*Sobre eventuais pedidos coletivos de busca e apreensão que serão pedidos à Justiça, Jungmann disse que isso já foi obtido em ações anteriores, inclusive com mandados em aberto. ‘Mas tudo vai depender da Justiça e é feito com o acompanhamento do Ministério Público’, disse*”<sup>2</sup>.

Nesta concepção, faz-se necessário observar a relevância nacional do caso. E isso por dois motivos. O primeiro consiste no fato de que em todo o território nacional há o risco de expedição de mandados de busca e apreensão coletivos. Em segundo lugar, o risco de contaminação.

O Estado do Rio de Janeiro está no centro das atenções midiáticas, primordialmente em razão da recente intervenção federal. Com isso, qualquer ato de maior relevância será alvo de grande atenção nacional. Isso significa que eventuais mandados de busca e apreensão coletivos teriam reais riscos de possuírem efeitos de contaminação ao longo do território nacional.

E esse risco de abusos em alta escala no território nacional fundamenta a competência do STF para a resolução da matéria. Não só a competência, mas este Tribunal possui o dever, na condição de protetor da Carta Magna, de firmar posicionamento a favor da proteção da liberdade enquanto garantia individual.

Na prática não seria possível, também, submeter uma demanda coletiva nacional – como a do presente caso – ao crivo subjetivo dos Tribunais de Justiça estaduais espalhados pelo país.

<sup>2</sup> Ref.: <https://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/general-vilas-boas-militares-precisam-ter-garantia-para-agir-sem-o-risco-de-surgir-uma-nova-comissao-da-verdade.ghtml>. Acessado em 23/02/2018.

Isso porque, a pretensão em si restaria completamente prejudicada, em especial devido ao problema da falta de legitimidade advinda da jurisdição de cada tribunal sobre os outros estados. **De que forma poderia deliberar o tribunal de um estado específico da federação, dada a abrangência nacional da tutela pretendida?**

Na prática, inconcebível. A receptividade da ordem não poderia ser comparada com a de um precedente do Supremo Tribunal Federal. Estabelecer uma necessidade de impetração prévia em cada estado seria ceder à completa insegurança jurídica, abrindo a possibilidade de decisões, inclusive, incoerentes entre si. Esta situação violaria de frente o princípio do federalismo.

Com efeito, deixar com que sejam expedidos mandados de busca e apreensão coletivos para que, somente ao final, declarem-se nulas todas as “provas” advindas do cumprimento destes mandados, seria entendimento absolutamente inócuo e, da mesma forma, deixaria à míngua os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Presente, portanto, a abrangência nacional do pleito, e considerando que **os atos coatores aqui combatidos podem ser decretados por qualquer uma das autoridades jurisdicionais ora apontadas como coatoras**, justificada está a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciação da matéria.

### 3. Do Mérito

#### 3.1. Dos atos e da patente ilegalidade

O presente *writ* é impetrado na modalidade preventiva, a fim de impedir a decretação de medidas de busca e apreensão coletivas e/ou genéricas, contrariando o disposto pelo artigo 243 do Código de Processo Penal.

A necessidade de conciliação dos interesses da sociedade através da tutela jurisdicional exercida por este Supremo Tribunal encontra-se, não





*ponderação de interesses como a segurança pública e a inviolabilidade do domicílio do cidadão”.*

(ref. HC 0061167-57.2016.8.19.0000. doc. em anexo)<sup>5</sup>.

Quadro semelhante foi apreciado pela col. Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quando, em 31 de outubro de 2017, concedeu a ordem nos autos do HC nº. 0047947-55.2017.8.19.0000 (doc. em anexo), a fim de relaxar a prisão e determinar o trancamento de ação penal em trâmite contra Pacientes que haviam sido presos mediante invasão de domicílio praticada em cumprimento a mandado de busca e apreensão genérico, também em locais de comunidades.

O voto do e. Desembargador Relator Siro Darlan de Oliveira brilhantemente definiu:

“Apesar de justificada a atuação da Polícia Armada nas comunidades, **não se pode esquecer que ali moram famílias e cidadãos que possuem direitos e garantias fundamentais invioláveis.** O Professor Manuel Monteiro Guedes Valente in Teoria Geral do Direito Policial, pag. 12, afirma que a segurança como *‘bem jurídico coletivo ou supra-individual, não pode ser analisada, materializada e sentida segundo uma perspectiva limitativa dos demais direitos fundamentais’.*

Assim, não se tem intenção de desqualificar a operação militar contra o comércio ilícito de tráfico de entorpecentes desempenhada largamente na cidade do Rio de Janeiro, pelas Forças Armadas do Brasil em conjunto com a Polícias Militar e Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

Entretanto, entendo que, não necessariamente explicitará a legalidade da necessária e imperiosa operação contra o crime organizado, se não respeitados os limites da lei e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade do domicílio, e os demais direitos fundamentais a ela relacionadas, sendo forçoso concluir que o Poder Judiciário deve se desvincular da atividade investigatória e do combate ativo do crime, **mas tão somente dar legitimidade às garantias e, direitos**

<sup>5</sup> Ref.: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-03/tj-rj-decide-busca-apreensao-coletiva-favela-foi-ilegal>. Acesso em 22/02/2018.





será inviolável, e não serão emitidos para este fim mandados que não se apoiem em um motivo verossímil, sejam corroborados mediante juramento e **descrevam com exatidão o lugar que deva ser objeto da busca e as pessoas ou coisas que devam ser presas ou apreendidas.**”

(Grifos nossos).

As referidas garantias são universais, e assim devem ser compreendidas também em território nacional.

Instado a se manifestar<sup>7</sup> sobre os mandados coletivos e genéricos de busca e apreensão, o e. Ministro decano Celso de Mello afirmou que “*a lei é clara*”. Para ele, “*o Código de Processo Penal, em seu artigo 243, exige que do mandado de busca e apreensão conste sempre que possível o objeto da busca*”.

E foi além. Classificou a busca a apreensão como “*uma medida invasiva, intrusiva*”, e brilhantemente assentou a definição que ilustra a capa do presente remédio constitucional: “*O objetivo da legislação é proteger o indivíduo em face da opressão de poder*”.

A Constituição e a sistemática processual impõem que as medidas intrusivas – como é a busca e apreensão – devem ser, além de fundamentadas, muito específicas quando a seus objetos.

Claramente, quando a deliberação destina-se genericamente a casos coletivos, esta possibilidade torna-se obrigatoriedade mitigada.

Tal abuso emerge, ao invés da qualidade de resguardo dos bens jurídicos, como a verdadeira prática de um crime.

Explica-se.

A limitação da liberdade – aí compreendidas, dentre outras nuances, a negligência da liberdade e da inviolabilidade do lar –, sem justa causa e sem coadunação com o regime legal, consubstancia **crime**.

<sup>7</sup> Ref.: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,celso-de-mello-defende-que-mandados-de-busca-e-apreensao-observem-limites-da-lei,70002198519>. Acesso em 22/02/2018.

Sobre o assunto, muito bem define Aury Lopes Jr.:

*“[...] situação absurda, que infelizmente tem se tornado comum [...] muitas vezes autorizando a diligência em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas “favelas” de tal ou qual vila”. Claro que juízes somente expedem tais monstruosidades jurídicas quando se trata de barbarizar os clientes preferenciais do excludente sistema implantado, aqueles para quem a proteção constitucional da “casa” (e demais direitos fundamentais) é ineficaz...”*

(LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal, Vol. I, 2009).

Luis Carlos Valois, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Amazonas diz que os mandados de busca e apreensão coletivos significam *“mais um rastro de violência patrocinado pelo Estado, apagado pelo judiciário, mas que ficará na mente de muitas pessoas, como dor e como trauma daquele momento em que, pela primeira vez, um agente do Estado as visitou, fardado, armado, sem ser convidado”*<sup>8</sup>.

Além do mais, alarma que podem servir de escusa para cometimentos de arbitrariedades ainda mais profundas, de cerceamento físico da liberdade.

Eis as palavras do autor:

*“A polícia, de posse desses mandados de busca coletivos, invade a casa das pessoas (pobres) à vontade, livremente, e quando resolve que uma pessoa deve ser presa, leva-a presa em flagrante, lavra o auto de prisão, o judiciário ratifica a detenção, e não se fala mais no mandado de busca e apreensão coletivo”*.

Além da violação legal, há ainda o caráter flagrantemente inconstitucional da medida.

Isso porque, ao expedir um mandado de busca e apreensão coletivo, onde, por motivos óbvios, inexistente fundamentação individualizada sobre as razões da medida, lesa-se o princípio basilar do processo penal de um Estado de Direito: a presunção de inocência. A prova disso é que tal princípio encontra-se consagrado no artigo 5º, LVII da Constituição: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

---

<sup>8</sup> Ref.: <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/02/21/mandado-de-busca-coletivo-violencia-patrocinada-pelo-estado-e-apagada-pelo-judiciario/>. Acesso em 23/02/2018.

Leciona o professor Gustavo Henrique Badaró que “*a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado*” (Processo penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63).

Ora, se o réu não pode ser equiparado ao culpado, **menos ainda as pessoas indeterminadas**, que sequer encontram-se sob persecução penal específica. O mandado de busca e apreensão é uma medida de produção de prova incisiva e, como tal, não pode ser utilizado sem a devida fundamentação de sua necessidade específica no caso concreto, bem como não deve servir como tentativa de prova “*de tudo possível*”. A responsabilização penal é subjetiva, e também deve ser o processo penal.

A investigação penal, por óbvio, deve recair sobre **fatos**, e não **pessoas**, ou **hipóteses**. Assumir como possível esta hipótese significa admitir que o Estado tem plena liberdade para definir a seu bel prazer quem terá sua intimidade revirada, e seus direitos violados.

Isso porque, 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. A questão é que tal medida fere o *in dubio pro reo*. Se, em casos de dúvida, a decisão deve ser a mais favorável ao réu, o que se dirá de quem nem réu é? A abusividade da medida faz-se evidente.

Neste particular, a medida genérica igualmente viola a garantia fundamental à intimidade.

Estabelece o artigo 5º, X da Constituição da República: “são invioláveis a **intimidade**, a **vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O inciso XI do mesmo artigo, por sua vez, consagra a inviolabilidade do lar como garantia individual de todo cidadão, advindo do dispositivo 11.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

*Ipsis litteris:*

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. **Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência**, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

O conceito de “domicílio” é claro. Sobre “intimidade e vida privada”, pode ser compreendida a liberdade individual de escolha sobre a esfera pessoal do indivíduo.

Foi assim que definiu o e. Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do RE 635.659/SP, que visava a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, em julgamento iniciado no dia 20/08/2015. *In verbis:*

*“No caso agora em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as **garantias constitucionais da intimidade e da vida privada**. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à **esfera pessoal do agente incriminado**”.*

(ref. voto do e. Ministro Gilmar Mendes no RE 635.659/SP. Grifamos).

O entendimento fixado foi bem recebido pelo Plenário deste Supremo Tribunal, o que desde já indica qual será a orientação seguida pelo Pretório Excelso na apreciação da matéria.

Ainda que tenha advindo pedido de vistas do e. Ministro Edson Fachin, destaca-se de pronto o voto do e. Ministro Roberto Barroso, no sentido de consagrar o direito à intimidade e à vida privada como engrenagem base do sistema de garantias. Vejamos a ementa do voto:

“Direito Penal. Recurso Extraordinário. art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Inconstitucionalidade da Criminalização do Porte de Drogas para Consumo Pessoal. Violação aos Direitos à Intimidade, à Vida Privada e à Autonomia, e ao Princípio da Proporcionalidade. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito. Provisão do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas

que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.”

(ref. ementa do voto do e. Ministro Roberto Barroso no julgamento do RE 635.659/SP).

O entendimento esposado no voto destacado, por sua vez, já serviu como fundamento para o e. Ministro Roberto Barroso determinar a suspensão de ação penal em trâmite contra imputação lastreada no artigo 28 da Lei 11.343/06, nos autos do *habeas corpus* n°. 143.798/SP.

Ou seja, mesmo que ainda não haja julgamento definitivamente fixado pelo STF, já há casos nos quais os Ministros da Corte aplicam seu entendimento de maneira autônoma quando este visa a fazer garantir direitos individuais fundamentais. Conforme exposto, a garantia da intimidade e da vida privada é fundamental, inerente ao indivíduo enquanto existente no conjunto de normas.

Além do mais, a violação à inviolabilidade do lar – protegida pelo art. 5º, XI da CRFB/88 c/c art. 11.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – é autoexplicativa.

A autorização para ser relativizada mediante decisão judicial deve ser fundamentada em conceito **legal** e **legítimo**, advindo de consentimento do morador, situação de flagrante delito, ou cumprimento de mandado judicial que esteja em consonância para com o ordenamento jurídico (c/f art. 243 do Código de Processo Penal).

Ausente todas as referidas causas autorizativas, a ilegalidade é clarividente, e deve ser compreendida pelo Poder Judiciário como pura expressão de **abuso de poder**.

Assim sendo, deve este Supremo Tribunal Federal reconhecer a profunda inconstitucionalidade, rechaçando por completo a possibilidade de



autorização para expedição de mandados de busca e apreensão coletivos/genéricos.

A seguir, passa-se à temática estrutural do problema.

### 3.2. Questão conjuntural – A lei como arma de guerra assimétrica contra o inimigo

Segundo Michel Foucault, que desenvolveu a fórmula inversa de Clausewitz<sup>9</sup>: “*a política é a continuação da guerra por outros meios*”.

Trata-se aqui de uma guerra declarada entre o próprio Estado brasileiro, consubstanciado em seu poder de polícia, e a população pertencente às classes mais baixas da sociedade, residentes nas comunidades carentes.

Nesse contexto, a lei é usada como instrumento ou arma de guerra contra o acusado, o qual se torna um “inimigo do Estado” ou do Poder Judiciário, com o apoio da mídia de massas.

O uso de instrumentos jurídicos para fins de perseguição e inabilitação de uma classe social traduz-se em verdadeira guerra, consubstanciada em manobras jurídicas com a finalidade de gerar apelo popular midiático, em especial por meio do controle estrutural da opinião pública, diariamente massacrada por informações que não revelam a realidade das causas.

As características fundamentais do ataque jurídico contra “o inimigo” consiste em:

- (i) a manipulação do sistema legal, com aparência de legalidade, para fins políticos;
- (ii) a instauração de medidas judiciais sem qualquer materialidade e respaldo jurídico, subvertendo o seu papel de meio de prova;

---

<sup>9</sup> “A guerra é a continuação da política por outros meios.”

- (iii) o abuso de direito, com o intuito de isolar socialmente uma região geográfica, através da utilização das mais abrasivas medidas (ex.: decretação de prisões temporárias, preventivas, ou imposição de medidas cautelares diversas que restrinjam a liberdade de locomoção do perseguido; e medidas de busca e apreensão, como o caso em tela);
- (iv) a promoção de medidas judiciais a fim de desacreditar o vulnerável;
- (v) a tentativa de influenciar a opinião pública com a utilização da lei para obter publicidade negativa;
- (vi) a promoção de desilusão popular;
- (vii) a crítica àqueles que usam o direito e os processos judiciais para fazer reivindicações contra o Estado e resistir a suas arbitrariedades;
- (viii) a utilização do direito como forma de constranger o adversário;
- (ix) o bloqueio e retaliação das tentativas dos adversários de fazer uso de procedimentos e normas legais disponíveis para defender seus direitos;
- (x) a acusação das ações dos inimigos como imorais ou ilegais, com o fim de frustrar objetivos contrários.

Como é notório, de fato a sociedade brasileira enfrenta uma permanente crise de segurança pública, estabelecida, em muito, pelo modelo de enfrentamento escolhido e posto em prática pelo Estado há quase três décadas seguidas.

Isso tudo somado ao sensacionalismo da mídia, que diária e exaustivamente repete de maneira circular uma suposta necessidade de perpetuação da guerra, pondo os vulneráveis em situação de humilhação que chega a níveis de derramamento de sangue, e produzindo efeitos deletérios indeléveis na opinião pública, de sorte a gerar um clamor popular que legitime as medidas judiciais arbitrárias não pelo que elas realmente representam, mas sim pelo que a opinião publicada entende ser.

O que está ocorrendo na realidade é a pura inversão do preceito de legalidade.

Veja-se o absurdo proferido pelo comandante do Exército, general Eduardo Villas Bôas<sup>10</sup>: “*militares precisam ter garantia para agir sem o risco de surgir uma nova Comissão Nacional da Verdade*”.

Ou seja, o órgão que adveio para assentar a História, e tentar fazer cessar as feridas causadas por tantas violações de direitos humanos praticadas durante a Ditadura Militar, é compreendido pelo estado como, na verdade, um inimigo da sociedade.

A tortura como instrumento de obtenção de “prova” contra os inimigos da Ditadura era um dos maiores sustentáculos do regime, e é exatamente uma das preocupações atuais da Comissão Nacional da Verdade, a fim de que, exatamente **não mais se repita**.

Contudo, sua relevância é manipulada e invertida perante o grupo social, tentando fazer com que, na verdade, a violação a direitos humanos seja algo, de certa forma, *desejável* dentro do sistema de normas.

Parece claro que o atual estágio de avanço jurídico das instituições não pode conviver com perigos como este.

Um exemplo histórico do uso manipulação do povo como combustível penal foram os eventos de penitência realizados publicamente – hoje em dia isso se dá pela mídia na era digital – em espaços reservados para achincalhar e enxovalhar os heréticos e apóstatas nos chamados autos-de-fé, postos em prática pela Inquisição, principalmente em Portugal e na Espanha.

No livro Memorial do Convento de José Saramago, que se passa na metade do século XVIII, durante o reinado de D. João V, a personagem Blimunda conhece Baltasar no Rossio, enquanto a sua mãe é julgada num auto-de-fé, em que é açoitada e degradada.

Outro exemplo histórico mais recente de despersonalização e desumanização ocorreu no período nazista de Adolf Hitler, onde milhões de pessoas foram presas e mortas apenas pelo fato de serem judeus, sem sequer terem transgredido as leis vigentes à época.

<sup>10</sup> Ref.: <https://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/general-vilas-boas-militares-precisam-ter-garantia-para-agir-sem-o-risco-de-surgir-uma-nova-comissao-da-verdade.ghtml>. Acesso em 23/02/2018.



A criminologia midiática denuncia que tal prática fere o direito penal do fato – até porque, em medidas coletivas, **não há qualquer fato** –, em um sistema inquisitorial, autoritário e ilegal, que abusa de medidas absolutamente desfundamentadas e desarrazoadas.

A percepção de quem defende medidas como a busca e apreensão coletiva é advinda de quem compreende a lei como arma contra o inimigo, violando os princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/1988), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/1988), da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB/1988) e o artigo 243 do Código de Processo Penal, por significar abrupta manipulação da ordem legal/constitucional, protegida pelo Estado Democrático de Direito(s).

Não é fruto do acaso o surgimento do Estado Democrático de Direitos. Ele é resultado de uma evolução histórica iniciada ainda no século XVIII, partindo dos pressupostos dos pensamentos iluministas, cujas ideias propagadas ousaram desafiar o autoritarismo impregnado desde a Idade Média, através da defesa de direitos individuais e inalienáveis para todos os seres humanos. Contudo, a consolidação definitiva de tais ideias só ocorreu a partir da redemocratização das repúblicas europeias após a II Guerra Mundial.

O que antes era conhecido apenas como “Estado de Direito”, ou ainda, “Estado Legislativo de Direito”, não foi suficiente para garantir os direitos individuais – principalmente os de minorias – diante dos Estados totalitários brasileiros da primeira metade do século XX. Os princípios fundamentais onde se arvoravam muitas das garantias individuais não passavam de mera retórica, visto não estarem dotados de muito valor normativo. Dessa forma, o Estado Legislativo de Direito poderia usar da própria legislação, em total discrepância com o princípio da legalidade, a fim de castrar indivíduos de seus direitos.

Para evitar o retorno à barbárie que o Estado Legislativo de Direito não foi capaz de impedir, insurgiu-se, então, o Estado Democrático de Direito.

O jurista italiano Luigi Ferrajoli<sup>12</sup> diferencia os dois modelos de Estado de Direito introduzindo os conceitos de *garantismo* e *democracia*

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 687-688.

*substancial*. Para o *jus* filósofo, o que garante a superioridade ética dos Estados Democráticos de Direito é que estes:

“Incorporam, nos níveis normativos superiores, limites não somente formais, mas, também, substanciais ao exercício de qualquer poder. O termo ‘Estado de direito’ é aqui empregado no segundo destes dois significados; e neste sentido é sinônimo de ‘garantismo’. Designa, por esse motivo, não simplesmente um ‘Estado legal’ ou ‘regulado pelas leis’, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está em subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (...); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.”

Não obstante, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso<sup>13</sup>, o “*Estado Democrático de Direito também é conhecido como Estado Constitucional de Direitos*”. Essa outra nomenclatura nos dá uma orientação sobre onde devemos buscar as normas capazes de efetivar a democracia: nas Leis Maiores – no nosso caso, a Constituição Cidadã de 1988.

Desta forma, faz-se claro. Em uma democracia que se pretenda popular, como o sistema pretensamente protegido por nosso ordenamento, é a Constituição que deve reger os procedimentos de formação do Estado e de definição direta dos direitos, como suas aplicações e suas próprias eficácias a partir da previsão positivada.

Os reflexos de uma subversão dessa ordem no seio da sociedade não passam despercebidos. Muito pelo contrário, podem ser enxergados com facilidade no dia-a-dia, uma vez que diretamente afetos a essa temática.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 279.

O caráter genérico da medida, aqui considerado em flagrante violação do princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, da CRFB/1988), por serem meros instrumentos de desumanização da pessoa sem qualquer parâmetro científico a partir de um suposto sistema métrico moral da sociedade, afronta não somente o direito penal do ato, mas também o princípio da lesividade e a separação entre moral e direito, o que constitui resquício do direito penal do inimigo incompatível com a ordem constitucional vigente.

O direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*) é uma teoria enunciada por Günther Jakobs, um penalista alemão que a analisa desde 1985<sup>14</sup>, em defesa do funcionalismo sistêmico que determina ao Direito Penal a função primordial de proteger a vontade da lei e, no Congresso de Berlim em outubro de 1999, (re)constrói e defende a distinção entre direito penal do cidadão (*Bürgerstrafrecht*) e direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*).

O “cidadão de bem” conserva seus direitos e garantias próprios do Estado de Direito, caso seja acusado de infringir alguma lei penal, ao passo que o inimigo é descrito como aquele indivíduo perigoso à ordem jurídica instituída, devendo recair sobre ele a força própria da guerra.

Neste contexto, o suposto indício de cometimento de crimes segundo os ditames do devido processo legal e assegurado o contraditório e a ampla defesa, é substituído pela **periculosidade abstrata e retórica**; o acusado-sujeito de direito é reificado como objeto de coação; o *status* de pessoa, e sua reputação, são destruídos pela atribuição de qualidades negativas e juízos de valor morais ligados aos preconceitos e idiossincracias; a antecipação da punição com a aplicação de prisões cautelares, resultados óbvios de cumprimentos de mandados de busca e apreensão coletivos; a desproporcionalidade da força para a neutralização do inimigo, com a violação do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade, intensidade); a flexibilização da legalidade; a inobservância dos princípios da presunção de inocência, da lesividade, da humanidade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva; a desnecessidade de garantia de direitos e garantias processuais; a concessão de prêmios e incentivos ao inimigo que se mostra “fiel” ao Direito, tais como a delação premiada, entre outros.

<sup>14</sup> Cf. JAKOBS, Günther. “*Kriminalisierung im Volfeld einer Rechtsgutsverletzung*”, *ZStW*, n. 97, 1985, p. 753 e ss.

Segundo JAKOBS, “o direito penal do inimigo segue regras diferentes do direito penal próprio do Estado de Direito”<sup>15</sup>.

E prossegue:

“A reação do Direito a tal criminalidade (...) não se dirige, primariamente, para a compensação de um dano à validade da norma, mas para a eliminação de um perigo: a punibilidade é antecipada amplamente no âmbito da preparação, e a pena serve para segurança de fatos futuros, não para castigo de [fatos] realizados.”<sup>16</sup>

Em síntese: o direito penal do inimigo é o não-Direito penal, ou seja, a negação do direito.

Como se pode observar, a aplicabilidade da medida de busca e apreensão coletiva e genérica em inobservância ao imposto pelo artigo 243 do Código de Processo Penal traduz-se, não somente em patente inconstitucionalidade (por violação aos princípios fundamentais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e da presunção de inocência, regulados pelos artigos acima destacados), como também em clarividente expressão de abuso de poder, ajudando a perpetuar, no campo prático, a concepção do Direito Penal enquanto luta contra um inimigo social.

---

<sup>15</sup> JAKOBS, Günther. “*Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart Kommentar*” in: **Die deutsche Strafrechtswissenschaft**, loc. 200, p. 53.

<sup>16</sup> JAKOBS, Günther. “*Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*”, 2004, p. 92. Para as críticas ao direito penal do inimigo, em relação à teoria sistêmica da prevenção geral positiva, segundo a proposta de Jakobs, consultar: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **O direito penal do inimigo ou o discurso do direito penal desigual**, 2009, p. 1-20. Disponível em: [www.cirino.com.br](http://www.cirino.com.br); ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**, 2007.

### 3. Dos pedidos

Inicialmente, esclarecem os impetrantes que deixam de fazer pedido liminar, reservando-se ao direito de assim proceder em caso de qualquer decretação de medida de busca e apreensão coletiva e/ou genérica no curso do presente *writ*, a fim de, eventualmente, suspendê-la de imediato.

Por fim, ante todo o exposto, requerem seja determinada a colheita do competente parecer da Procuradoria Geral da República para, após, ser o *habeas corpus* conhecido ou concedida de ofício a ordem, a fim de:

- a) **Anular todas as buscas e apreensões coletivas e/ou genéricas já decretadas em território nacional e suas provas derivadas, proibindo, conseqüentemente, todo e qualquer tipo de medida neste sentido**, em razão do claro desrespeito ao artigo 243 do Código de Processo Penal e aos princípios fundamentais da intimidade, vida privada, inviolabilidade do lar, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência (art. 5º, X, XI, LIV, LV e LVII, da CRFB/1988; e art. 11.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos), ferindo o Estado Democrático de Direito(s);
- b) Alternativamente, seja concedida a ordem para **declarar ilegal e inconstitucional a medida de busca e apreensão coletiva e/ou genérica**, com efeito *ex nunc*, ou seja, proibindo expressamente a decretação de novas medidas desta natureza, por estrito respeito a todos os dispositivos legais e constitucionais acima destacados.

Nestes termos, pedem deferimento.

Do Rio de Janeiro/RJ para Brasília/DF, em 12 de março de 2018.

WADIH NEMER DAMOUS FILHO  
OAB/RJ 768-B



FERNANDO AUGUSTO FERNANDES  
OAB/RJ 108.329



Breno de Carvalho Monteiro  
OAB/RJ 214.580

Nilson Paiva  
OAB/RJ 142.226

Rafaela Azevedo de Otero  
OAB/RJ 173.582

Rodrigo Amaral  
OAB/RJ 204.322

Guilherme Lobo Marchioni  
OAB/SP 294.053

Renato Reis Aragão  
OAB/SP 353.220

Otávio Espires Bazaglia  
OAB/SP 400.541

Jéssica Ferracioli  
OAB/SP 273.138

José Rodolfo Bertolino  
OAB/SP 273.138

## DOCUMENTOS EM ANEXO:

- Doc. 01 – Procuração e substabelecimento;
- Doc. 02 – Decisão do Exmo. Desembargador João Batista Damasceno, nos autos do HC coletivo n°. 0220241.13.2017.8.19.0001, impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro contra mandado de busca e apreensão coletivo;
- Doc. 03 – Voto do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski nos autos do HC coletivo 143.641/SP, julgado pela col. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 20/02/2018;
- Doc. 04 – Notícia jornalística dando conta da intenção momentânea em ver decretadas medidas de busca e apreensão coletivas;
- Doc. 05 – Notícia jornalística acerca da opinião do Exmo. Ministro Celso de Mello sobre a medida de busca e apreensão coletiva;
- Doc. 06 – Matéria do “*Blog da Cristiana Lôbo*”, sobre suposta necessidade de “garantias” para que os militares não corram “o risco de surgir uma nova Comissão da Verdade”;
- Doc. 07 – Voto do e. Ministro Gilmar Mendes nos autos do Recurso Extraordinário n°. 635.659/SP;
- Doc. 08 – Decisão liminar proferida pelo e. Ministro Roberto Barroso nos autos do *Habeas Corpus* n°. 143.798/SP;
- Doc. 09 – Decisão da Suprema Corte do Estado de Connecticut (EUA) no julgamento do processo n°. 218 Conn. 85, precedente *State of Connecticut v. David Mooney*, julgado em 19 de março de 1991;
- Doc. 10 – Voto do e. Des. Relator Siro Darlan, nos autos do HC n°. 0047947-55.2017.8.19.0000.