

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

LEONARDO MENDES DE ARAÚJO

BUSCA PESSOAL

RIO DE JANEIRO

2016

LEONARDO MENDES DE ARAÚJO

BUSCA PESSOAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Simone Schreiber

Rio de Janeiro

2016

LEONARDO MENDES DE ARAÚJO

BUSCA PESSOAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, orientado pela professora Simone Schreiber.

Aprovado em ___ de _____ de 2016.

COMISSÃO EXAMINADORA

Simone Schreiber - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Orientadora

Professor - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Professor - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

A Isabela, que me acolheu, e a Dayse,
que faz com que tudo seja possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro e principalmente as duas mulheres da minha vida, Dayse e Isabela, o amor e o apoio constantes e incansáveis, que superaram todas as adversidades e, sobretudo, a distância. Agradeço imensamente a minha orientadora, Professora Simone Schreiber, não apenas as contribuições decisivas para a conclusão deste trabalho e todas as lições de direito, mas também por ser uma das principais responsáveis por me iniciar nos caminhos da advocacia criminal. Agradeço a todos os advogados com quem trabalhei durante os últimos anos, que não só me ensinaram a atuar profissionalmente, mas muitas vezes também me deram verdadeiras lições de vida. Em especial, agradeço aos advogados Braz Fernando Sant'Anna e Carlo Huberth Luchione, por resgatarem em mim a paixão pela advocacia que quase se esvaiu. Por fim, mas não menos importante, agradeço aos meus amigos, os novos e os velhos. Este último agradecimento faço nas pessoas de Adriano Valente e Enos Eduardo, pelo companheirismo nesta longa jornada profissional e acadêmica que ingressamos.

“Vai minha tristeza
E diz a ela que sem ela não pode ser
Diz-lhe numa prece
Que ela regresse
Porque eu não posso mais sofrer

Chega de saudade
A realidade é que sem ela
Não há paz
Não há beleza
É só tristeza e a melancolia
Que não sai de mim
Não sai de mim
Não sai

Mas
Se ela voltar
Se ela voltar
Que coisa linda
Que coisa louca
Pois há menos peixinhos a nadar no mar
Do que os beijinhos
Que eu darei na sua boca

Dentro dos meus braços, os abraços
Hão de ser milhões de abraços
Apertado assim, colado assim, calado assim,
Abraços e beijinhos e carinhos sem ter fim

Que é pra acabar com esse negócio
De você viver sem mim

Não quero mais esse negócio
De você longe de mim

Vamos deixar esse negócio
De você viver sem mim”

(Vinicius de Moraes)

RESUMO

A busca pessoal é definida no Brasil como o varejo do corpo da pessoa, de suas roupas e dos objetos que ela trazer consigo, incluindo automóveis. Esta espécie de busca está regulamentada pelo §1º do artigo 240 e pelo artigo 244, ambos do Código de Processo Penal. Contudo, o regramento processual brasileiro é insuficiente para regulamentar satisfatoriamente as muitas variáveis que podem surgir, tornando imprescindível um esforço que busque aprimorar a doutrina da busca pessoal em nosso país. Para tanto, é oportuno voltar os olhos à experiência norte-americana, uma vez que lá o tema vem há muito tempo sendo estudado com maior profundidade, com valiosas contribuições da Suprema Corte, que podem nos auxiliar na busca pelo aprimoramento do instituto no Brasil. Além disso, para estudar satisfatoriamente o tema no direito brasileiro, mostra-se imprescindível uma releitura do direito fundamental à privacidade, assim como da teoria geral dos direitos fundamentais, o que servirá de base para a edificação do raciocínio neste trabalho.

Palavras chave: Busca pessoal. Direito a privacidade. Direito a intimidade. Teoria dos princípios. Abordagem policial. Fundada suspeita.

ABSTRACT

The personal searches are defined in Brazil as the searches conducted on the body of a person, as well as on their clothes, papers and effects, including motor vehicles. This kind of search is governed by the §1º from article 240 and by article 244, both from Brazilian Criminal Procedure Code. However, Brazilian's criminal procedure rules are underdeveloped to rule adequately the many variables that may emerge, in a way that it is crucial to endeavor the improvement of the personal searches doctrine in our country. For this purpose, it is appropriate to look at the North American experience, since this subject is being thoroughly studied there for a long time, with valuable contributions from the Supreme Court that may aid us in the pursuit of the enhancement of the institute in Brazil. Moreover, to successfully study the subject in Brazilian law, it is vital to reinterpretate the fundamental right of privacy, as well as the general theory of fundamental rights, which will suit as basis for the construction of the reasoning in this monograph.

Keywords: Personal search. Right of privacy. Right of intimacy. Principles theory. Police stops. Reasonable suspicion.

SUMÁRIO

Dedicatória	iii
Agradecimentos	iv
Epígrafe	v
Resumo	vi
Abstract	vii
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS	13
1 <i>Rule of law</i>	13
2 Supremacia constitucional	15
3 Normas constitucionais e unidade	16
4 Regras e princípios	18
4.1 Conflitos entre normas	19
4.1.1 Conflitos entre regras	19
4.1.2 Colisão entre princípios	21
5 Direitos fundamentais	23
5.1 Delimitação	23
5.2 A função de defesa dos direitos fundamentais	24
5.3 Suporte fático	25
5.3.1 Suporte fático amplo e suporte fático restrito	27
5.3.1.1 Suporte fático restrito	27
5.3.1.2 Suporte fático amplo	28
5.4 Restrições a direitos fundamentais	30
5.4.1 Teorias interna e externa	31
5.4.2 Restrições por meio de regras e princípios	32
5.4.3 Restrições e regulamentações	33
5.5 Proporcionalidade	35
5.5.1 Uma questão terminológica	35

5.5.2 Um breve apontamento: a necessidade de fundamentação	36
5.5.3 Proporcionalidade e sopesamento	37
5.5.4 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.....	38
5.6 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais	39
5.6.1 Dimensões	39
5.6.2 Conteúdo essencial absoluto e relativo.....	40
6 Intimidade e privacidade	42
7 Persecução penal e proteção deficiente – a persecução penal é um direito fundamental?	49
8 Conclusões.....	51
CAPÍTULO 2 A BUSCA PESSOAL	54
1 Introdução.....	54
2 Sistema penal.....	56
3 A jurisprudência norte americana	59
4 A busca pessoal	62
4.1 Definição	62
4.2 Natureza jurídica.....	63
4.3 Direitos fundamentais.....	66
4.3.1 Direitos fundamentais envolvidos na busca pessoal.....	66
4.3.2 A abordagem policial, os níveis de busca pessoal e as intervenções corporais.....	69
4.3.3 Expectativa de privacidade	80
4.4 A razão de ser dos mandados	84
4.5 As hipóteses de busca pessoal sem autorização judicial	88
4.5.1 A busca decorrente da prisão	88
4.5.2 A fundada suspeita	94
4.5.3 A busca pessoal no curso da busca domiciliar	99
4.6 A busca em veículos	101

4.7 A jurisprudência brasileira.....	104
5 Considerações finais	106
6 Conclusões.....	108
CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	117
PRECEDENTES NORTE-AMERICANOS CITADOS	119

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar a busca pessoal, prevista nos artigos 240, §2º, e 244, do Código de Processo Penal brasileiro, à luz da Constituição da República e dos Direitos Fundamentais, sem descuidar de localizá-la em uma análise minimamente crítica do sistema penal brasileiro.

Em síntese, a pergunta que deu início às pesquisas para este trabalho foi: pode a polícia, ou qualquer outra autoridade, sem autorização judicial, revistar pessoas e seus pertences em ambientes públicos ou até mesmo em seus domicílios?

A importância da questão se mostra cristalina ao nos depararmos com algumas situações que se tornaram corriqueiras no Rio de Janeiro e no Brasil de hoje, tais como as revistas nos passageiros dos ônibus que circulam entre as zonas norte e oeste e as praias da zona sul carioca, as revistas realizadas em moradores de áreas ocupadas pelas UPPs ou por demais forças militares, ou ainda, atingindo também as classes mais afortunadas da sociedade, as buscas pessoais realizadas a partir de abordagens no trânsito.

Todos os dias muitas pessoas são abordadas pela polícia e revistas, muitas vezes de forma abusiva e truculenta, sem que o poder judiciário se preocupe em garantir que estas abordagens e buscas sejam executadas de acordo com os parâmetros legais e, acima de tudo, sem ferir desproporcionalmente os direitos individuais de cada cidadão.

A maior parte destas pessoas, obviamente, não pertence às classes dominantes da sociedade, sendo, em sua maioria, negros e pobres, o que faz da busca um instrumento de controle social e uma forma de discriminação e racismo. Os itens encontrados e apreendidos a partir destas buscas abusivas e realizadas completamente fora dos ditames legais são rotineiramente utilizados como prova em processos penais e servem para fundamentar um sem número de condenações em todo o país.

Buscando responder a pergunta inicial, e outras que surgiram ao decorrer do trabalho, tomou-se como ponto de partida o estudo de nossa atual Constituição e, de modo geral, dos direitos fundamentais. Neste primeiro capítulo, a teoria dos princípios de Alexy, no Brasil defendida com maestria por Virgílio Afonso da Silva, foi de enorme valia para estabelecer concretas bases que propiciaram uma análise crítica da disciplina da busca pessoal. Ainda neste primeiro capítulo, diversos exemplos teóricos são utilizados para fundamentar o que se estuda, assim como a breve análise de alguns precedentes judiciais também auxilia a construção do trabalho.

A importância dos estudos da teoria dos princípios e de sua relação com os direitos fundamentais se justifica na necessidade de reinterpretar o direito constitucional à privacidade, sob uma ótica compatível com a Constituição de 1988 e com os avanços democráticos sobre as heranças autoritárias brasileiras. O direito à privacidade, como será demonstrado, é um dos principais direitos colidentes nos casos de busca pessoal.

Em seguida, continuando o desenvolvimento da monografia, se ingressa no estudo da busca pessoal propriamente dita. No segundo capítulo, as bases fornecidas pela teoria dos princípios serão expandidas e utilizadas não apenas para conceituar a busca pessoal, mas também para fundamentar uma análise crítica que permita perceber a precariedade com que é tratado o instituto atualmente no Brasil.

Além disso, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América será utilizada como ferramenta para auxiliar na construção de uma doutrina da busca pessoal brasileira. Serão apresentados os fundamentos de alguns casos relevantes para o estudo do tema nos Estados Unidos, que contêm alguns ensinamentos valiosos para os propósitos deste trabalho.

A razão para o recurso às decisões norte americanas se explica também pela escassez de posicionamentos sobre o assunto pelos tribunais brasileiros, em especial o Supremo Tribunal Federal. Contudo, ainda assim serão expostos alguns precedentes pátrios sobre a matéria, bem como serão oferecidos alguns exemplos teóricos que ajudam na construção do raciocínio.

Espera-se que este trabalho possa ser um ponto de partida para os estudos mais aprofundados da busca e da apreensão no Brasil, pois, como restará demonstrado, a doutrina nacional ainda está muito aquém do desejado nestas matérias, cuja disciplina jurídica atual já vem demonstrando problemas de ontem e de hoje, com perspectivas também de situações problemáticas para o amanhã.

CAPÍTULO 1 DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

1 *Rule of law*

Ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de *lei*. O governo é das *leis* e não dos homens.

Uma das ideias centrais da democracia e do Estado de direito é a de que todos são iguais perante a lei, que, como consequência, deve ser aplicada a todos, governantes e governados¹. Nessa concepção (a da supremacia da lei, o *rule of law*), a lei, e a vinculação dos cidadãos à ela, pode ser vista como um instrumento de proteção das liberdades individuais e de oposição ao poder autoritário². Isso porque as leis são manifestação da vontade popular, ou seja, normas sobre o modo como determinada sociedade decide se organizar. Nesse contexto, é melhor ser governado pelas leis do que pela discricionariedade daqueles que exercem o poder. O poder é que deve ser exercido de acordo com os parâmetros e limites estabelecidos pela vontade da população.

A vinculação de todos os cidadãos à lei é um ponto central do *rule of law*. É imprescindível um consenso sobre a aplicação de determinado direito porque a igualdade perante a lei pressupõe também a existência de um único direito para todos que habitam num mesmo território³. Pode-se dizer, em certo nível, que o Estado de direito só se realizará plenamente quando houver um consenso, de todos que convivem sob sua égide, sobre sua lei.

Há vários critérios que podem determinar se a supremacia da lei é ou não respeitada em um determinado ordenamento, além da simples obediência: as leis devem ser claras, de conhecimento público, pré-existentes aos fatos sobre os quais incidem, estáveis, gerais e livres de motivações pessoais. As leis injustas devem ser repelidas, do modo que outras determinarem. Os conflitos devem ser resolvidos pelos tribunais. A administração pública somente pode atuar dentro dos limites da lei. O legislador, ao criar, editar ou revogar leis, deve respeitar as pré-existentes.

¹ MORO, Sergio. Caminhos para reduzir a corrupção. O Globo. Rio de Janeiro, dia 4 de out de 2015, p. 6.

² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 837.

³ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25. ed. 22. tir. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 143/144.

Se analisarmos a qualidade da legislação brasileira em geral e sua relação com os tribunais e com a sociedade, a descrição do *rule of law* parecerá um tanto utópica.

Afirma-se que há na América Latina e no Brasil um tradicional desrespeito pela legislação, taxada de confusa e de difícil compreensão. A tradição patrimonialista teria assentado uma cultura de corrupção generalizada, altamente burocrática e com um sistema judiciário imprevisível e personalista⁴.

Essas características demonstram um desprezo histórico e costumeiro à ideia de supremacia da lei, não apenas por parte dos governantes, mas também pelos governados, pelo *cidadão comum*. Essa repulsa dos cidadãos em geral pela legislação persiste e ainda hoje no Brasil é fonte de abuso de poderes e de insegurança jurídica.

Mas não apenas a legalidade latino-americana é alvo de críticas. Argumenta-se também que é impossível viver em um governo apenas de leis porque a lei está sempre aberta à interpretação e o interprete sempre terá sua carga de crenças morais, políticas, religiosas e culturais que afetarão o resultado final⁵.

Apesar de ser verdade, isso não invalida obrigatoriamente a supremacia da lei. O processo de interpretação é racional e deve ser devidamente fundamentado para que possa ser válido. É certo que algumas vezes uma interpretação transviada é utilizada para colocar interesses pessoais acima da lei, mas isto não é aceitável e nem sequer uma consequência necessária do processo interpretativo. É sim possível que o intérprete realize plenamente os mandamentos legais, mesmo que o faça olhando através das lentes de sua própria cultura⁶.

O momento que vivemos no Brasil é crucial para o fortalecimento da supremacia da lei. Desde a última redemocratização convivemos com frequentes escândalos envolvendo governantes e governados (Collor, mensalão, lava-jato), que demonstram um desprezo em larga escala pela lei, por parte de todos os envolvidos. Mas também convivemos diariamente com pequenas ilegalidades e abusos de poder que tornam evidente a ausência geral de um consenso a respeito da aceitação e fidelidade ao direito.

⁴ ROSENN, Keith S. The Success of Constitutionalism in the United States and Its Failure in Latin America: An Explanation. Miami Inter-Am. L. Rev. 1 (1990), p. 25. Disponível em: <http://repository.law.miami.edu/umialr/vol22/iss1/2>, acesso em 09 de novembro de 2016.

⁵ HASNAS, John. The Myth of The Rule of Law. Wisconsin Law Review 199 (1995). Disponível em <http://faculty.msb.edu/hasnasj/GTWebSite/MythWeb.htm>, acesso em 09 de novembro de 2016. O autor continua a critica, dizendo que aqueles que acreditam no rule of law estão na realidade sendo coniventes com o Estado, que nada mais faz do que esconder as vontades de seus agentes (que exercem o poder) nas entrelinhas das leis.

⁶ Ao tratar da independência do poder judiciário, Barroso adverte: “Independência e imparcialidade como condições para um *governo de leis*, e não de homens. De leis, e não de *juízes*, fique bem entendido.” BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 451. A advertência aos juízes é extensível também aos demais membros do poder judiciário, do legislativo, do executivo e, de certo modo, a todo grupo organizado que possa exercer um poder capaz de subverter a ordem legal.

Mas, afinal, se o governo é das leis, qual é a lei que nos governa?

2 Supremacia constitucional

Houve um tempo em que a lei era vista como expressão superior da razão. Com a decadência do Estado absolutista e o avanço do Estado liberal, inicia-se, com o Código Napoleônico, de 1804, a era das codificações⁷. Durante o século XIX, o Direito incorporou à sua tradição a elaboração de códigos para a sistematização das normas, em busca de clareza, unidade e simplificação⁸.

As Constituições modernas eram ainda muito recentes⁹ e havia na Europa uma supremacia do poder legislativo e do parlamento. Após a revolução francesa, os representantes legislativos eram tidos como escolhidos para exercer a vontade suprema do povo, com tamanha legitimidade que não poderiam ser restringidos por nenhuma regra, nem sequer pela Constituição¹⁰. Vivia-se em um *Estado legislativo de direito*, no qual a lei era o centro do ordenamento jurídico e o legislador visto como infalível¹¹.

Com o passar do tempo, especialmente após o fim da segunda guerra mundial, o *Estado legislativo* foi substituído pelo *Estado constitucional*. A supremacia da lei não resistiu ao advento das Constituições contemporâneas, normas superiores e principiológicas, e a lei passou a ter com as Constituições uma relação de subordinação, tornando-se possível invalidar leis que estejam em desacordo formal ou material com a Constituição¹². A partir daqui as Constituições passam a assumir um papel central no ordenamento jurídico.

As Constituições dos Estados democráticos passaram então a desempenhar dois grandes papéis: primeiro, o de zelar pela democracia, propiciando a participação política ampla e assegurando a separação dos poderes, e, segundo, a proteção de valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade da maioria política¹³. Isso porque as

⁷ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 263.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional..., p. 272. Ainda segundo o autor, a incorporação da técnica de codificação ajudou a promover a identificação entre o Direito e a lei.

⁹ A Constituição americana foi escrita em 1787 e ratificada em 1789, a primeira Constituição francesa foi promulgada em 1791 e a primeira Constituição brasileira outorgada em 1824.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso ..., p. 44/45.

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional..., p. 278, nota de rodapé 6.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso ..., p. 838.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional..., p. 321. O autor complementa seu raciocínio com um clássico exemplo: “Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela pelo simples fato de estar em maior número”.

Constituições, elaboradas por um poder constituinte, prevalecem sobre o processo político majoritário, fruto de um poder constituído¹⁴.

Os textos constitucionais elevaram-se à condição de norma suprema, umbilicais ao ordenamento jurídico¹⁵, assentando-se o constitucionalismo contemporâneo sobre o postulado da supremacia constitucional: nenhuma lei, ato normativo ou jurídico poderá subsistir se for incompatível com a Constituição¹⁶.

Entretanto, não se pode negar que a Constituição é também uma lei, enquanto é ela própria um texto normativo. Mas é uma lei suprema, elaborada por um poder constituinte, e por essa razão é ainda mais relevante que as demais. Como de costume, são insuperáveis as palavras de Rui Barbosa:

"A Constituição, em qualquer regímen, também é lei: lei primária, lei suprema, lei constituinte, mas, igualmente, lei, e lei das leis, lei maior que todas as demais; o que lhe não tira nem atenua o carácter legislativo, antes lho robustece, lho centuplica, lho eleva ao mais alto grau, dando-lhe, entre todas as demais, a autoridade, singular e irrealizável, de ato legislativo soberano."¹⁷

Portanto, se o governo é das leis e a Constituição é a lei das leis, não podem restar dúvidas de que o governo deve ser, de fato, da Constituição.

3 Normas constitucionais e unidade

As normas constitucionais não diferem das demais normas de um ordenamento jurídico apenas pela sua superioridade hierárquica. Há outros elementos que as singularizam, como a natureza da linguagem que utilizam e o seu conteúdo específico¹⁸.

A natureza da linguagem das normas constitucionais tem como principal característica sua abertura, transferindo para o intérprete parte do papel de criação do direito¹⁹. Elas são propositalmente lacunosas para que o processo democrático oportunamente se pronuncie. Essa abertura pode ocorrer em diferentes graus, existindo normas constitucionais

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional..., p. 334.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso..., p. 108.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional..., p. 233.

¹⁷ Rui Barbosa, Obras completas de Rui Barbosa, V.49, t.1, 1922. p. 59, disponível em <http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm> acesso em 21.11.15.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional..., p. 232/233.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional..., p. 233.

que comportam ampla mediação do legislador infraconstitucional, bem como aquelas que estão fora do alcance do poder constituído²⁰.

Quanto ao seu conteúdo, é comum que se afirme que as normas constitucionais se dividem entre as de organização, as definidoras de direitos e as programáticas. As primeiras definem a organização do Estado, por exemplo, instituindo órgãos públicos e estabelecendo competências. As normas definidoras de direitos instituem direitos (fundamentais, individuais, econômicos, sociais, culturais, políticos, difusos) e suas respectivas garantias, que, em conjunto com as demais normas programáticas, expressam valores que o constituinte tomou como indispensáveis à sociedade, estabelecendo fins sociais a serem alcançados pela ação do Estado, mesmo que contra a vontade do processo político majoritário²¹.

É importante que se tenha em mente que, apesar de haver uma relação de hierarquia entre a Constituição e as demais normas de um ordenamento jurídico, não existe hierarquia entre as próprias normas constitucionais, o que impede que certa norma constitucional seja declarada inconstitucional em face de outra norma da Constituição.

A existência de hierarquia entre normas constitucionais foi debatida no plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade 815, de relatoria do Ministro Moreira Alves²², quando se assentou que nem mesmo as cláusulas pétreas são hierarquicamente superiores às demais, em observância à unidade da Constituição.

A unidade constitucional impõe ao intérprete o dever de “encontrar soluções que harmonizem as tensões existentes entre as várias normas constitucionais, considerando a Constituição como um todo unitário”²³. Essa harmonização deverá ser feita observando as circunstâncias de cada caso concreto, onde o “intérprete deverá promover a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um”²⁴.

Barroso aponta como o maior problema associado à unidade justamente os conflitos entre normas constitucionais, como por exemplo o confronto entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor, e o conflito entre direitos fundamentais, como na hipótese de recusa a certos tratamentos médicos por seguidores de determinadas religiões²⁵.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso..., p. 68. O maior exemplo de normas que estão fora do alcance do poder constituído são as chamadas cláusulas pétreas, previstas no artigo 60, § 4º, da Constituição da República.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional..., p. 233/238, e MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso..., p. 65.

²² DJ 10.05.1995

²³ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso..., p. 94.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional..., p. 338/339.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional..., p. 338.

Para analisar o problema apontado pelo Ministro, é necessário regressar ao conflito entre as próprias normas jurídicas e à divisão entre regras e princípios.

4 Regras e princípios

Admitindo-se que as normas podem ser distinguidas entre regras e princípios²⁶, diversos autores estabeleceram critérios para a distinção entre os dois. Muitas das classificações, porém, buscam apenas ordenar cada um por seu próprio grau, e, portanto, não serão aqui abordadas²⁷.

A tese que ora interessa é aquela que distingue as regras dos princípios em uma distinção qualitativa e não apenas gradual. Isso porque a distinção qualitativa implica diretamente no modo em que as normas serão aplicadas.

Poucas palavras serão melhores que as de Alexy para definir a distinção qualitativa entre regras e princípios:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”²⁸

Entre nós, Virgílio Afonso da Silva ajuda a esclarecer o pensamento do mestre alemão:

“O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõe deveres) definitivos,

²⁶ Há, certamente, diversas divergências para esta afirmação, algumas serão analisadas mais adiante. Contudo, diante da brevidade que se espera de um trabalho desta espécie, elegi este como o ponto de partida da discussão, tomando como verdade que as normas dividem-se entre regras e princípios.

²⁷ Para um sumário das diferentes classificações, incluindo referências bibliográficas, v. BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional..., p. 240.

²⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90/91. Itálicos do original.

ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.²⁹

É preciso que se realize que as normas jurídicas não são aplicadas sozinhas e sim em conjunto com diversas outras e, por essa razão, essa diferença qualitativa será melhor compreendida se estudada em conjunto com as colisões entre normas.

4.1 Conflitos entre normas

O conflito entre normas ocorre quando duas ou mais normas de um mesmo ordenamento preveem consequências jurídicas diferentes para o mesmo ato ou fato.

4.1.1 Conflitos entre regras

Todo conflito entre regras deverá ser resolvido no plano da validade. Como as regras garantem direitos definitivos, não poderão coexistir regras com consequências jurídicas conflitantes, o que impediria este critério de classificação³⁰.

Para solucionar um conflito entre regras é necessário ou inserir uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declarar a invalidade de uma delas³¹. As cláusulas de exceção serão utilizadas nos casos em que a incompatibilidade for apenas parcial, enquanto nos casos de incompatibilidade total será preciso declarar a invalidade de uma das normas³².

Como ilustração, há regras nas cidades que regulamentam o estacionamento de veículos nas vias públicas. O artigo 181, I, da Lei nº 9.503/97 (o Código de Trânsito Brasileiro), estabelece que estacionar um veículo a menos de cinco metros de uma esquina é proibido. Trata-se de uma regra, pois expressa um dever definitivo: a proibição de estacionar um veículo próximo às esquinas. Deve-se fazer exatamente o que está em seu comando.

Já o artigo 29, VII, do mesmo Código de Trânsito Brasileiro, determina que os veículos destinados a socorro de incêndio e salvamento, os de polícia, os de fiscalização e operação de trânsito e as ambulâncias gozam de livre estacionamento e parada, quando em serviço de urgência e devidamente identificados. Esta determinação é também uma regra, pois

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45. Itálicos do original.

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 47/49.

³¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 92.

³² SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 48.

expressa o direito definitivo dos veículos especificados de, nas situações especificadas, estacionar e parar livremente.

Ambas as regras são válidas em nosso ordenamento e, se isoladamente consideradas, as duas poderiam ser aplicadas quando o motorista de uma ambulância precisa socorrer uma pessoa acidentada. A regra do artigo 181, I, proibiria o motorista de estacionar próximo às esquinas, enquanto a regra do artigo 29, VII, o permitiria.

É perceptível, nestas circunstâncias, que a regra do artigo 29, VII, institui uma exceção à do artigo 181, I. Trata-se de um conflito meramente parcial, onde a solução ocorre por meio da introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras.

Se as consequências jurídicas previstas pelas regras em conflito forem totalmente incompatíveis, uma não poderá ser uma exceção à outra, e pelo menos uma das regras terá que ser declarada inválida.

A Lei Estadual nº 17.882, de Goiás, instituiu naquele Estado o Serviço de Interesse Militar Voluntário Estadual (SIMVE), criando uma classe de policiais temporários, cujos integrantes, após passarem por um processo seletivo interno, passaram a ocupar cargo de natureza policial militar³³, tornando-se eles verdadeiros agentes da segurança pública estadual. O objetivo desta lei era o de suprir o severo *déficit* de efetivo das forças militares estaduais daquela unidade da federação.

O ingresso nesta força policial era facultado apenas a determinados grupos de cidadãos (reservistas ou dispensados de forças armadas), que passavam por um processo seletivo interno (conforme os artigos 5º, 9º e 10 da Lei Estadual). A lei, portanto, criava uma nova forma de acesso aos cargos militares estaduais, garantindo aos candidatos que preenchessem os requisitos o direito definitivo de concorrer às vagas disponíveis. Com efeito, a seleção para ingresso no SIMVE era conduzida pelos mandamentos desta regra, que escolheu a forma interna de seleção.

Entretanto, o artigo 37, II, da Constituição da República, institui entre nós a obrigatoriedade de concurso público de provas e títulos para a investidura em cargos, empregos e funções públicas. Essa determinação é também uma regra, pois impõe definitivamente à administração pública o dever de apenas contratar mediante a realização de concursos públicos.

³³ Além de exercerem as funções de policiamento repressivo e preventivo, os integrantes do SIMVE tinham o direito de usarem os uniformes, insígnias e emblemas utilizados pela Polícia Militar e pelo Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Goiás, recebendo inclusive subsídios, além de serem submetidos à legislação militar e à suas normas específicas. Não restam dúvidas de que o SIMVE é apenas uma denominação particular para Polícia Militar.

Temos então duas regras cujas consequências jurídicas são opostas: uma permite que a administração pública do Estado de Goiás contrate policiais realizando apenas um processo seletivo interno, enquanto a outra determina que a administração pública somente poderá contratar mediante a realização de concursos públicos de provas e títulos.

Ao se pronunciar sobre a questão, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.163³⁴, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a total impossibilidade de coexistência entre as duas regras, não admitindo que a Lei Estadual pudesse inserir uma cláusula de exceção no mandamento constitucional. Como estamos tratando de um conflito entre regras, que precisa ser solucionado no plano da validade, o Supremo Tribunal expurgou do ordenamento jurídico a regra criada pelo diploma estadual, invalidando este último por completo.

4.1.2 Colisão entre princípios

Se o conflito entre regras será sempre resolvido no plano da validade, isso não ocorrerá nos casos de colisão entre princípios. Viu-se que princípios são mandados de otimização e que serão aplicados conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas, determinadas pelos princípios e regras colidentes. Por isso as colisões entre princípios ocorrerão na dimensão do peso³⁵.

Se dois princípios colidem, um deles terá que ceder. Isso não significa, como no caso das regras, que o princípio cedente será declarado inválido ou que será nele introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorrerá é que, sob determinadas circunstâncias, um dos princípios terá precedência em relação ao outro. Sob outras circunstâncias, a precedência poderá se alterar³⁶.

É importante notar que após o resultado da colisão os princípios colidentes continuarão tão válidos quanto antes, para todas as demais circunstâncias concretas. A relação de precedência observará estritamente as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes³⁷. É dizer, não há relação de precedência absoluta entre princípios.

Talvez o exemplo mais clássico seja a colisão entre a liberdade de imprensa e a privacidade, envolvendo a publicação de notícias ou imagens com cunho jornalístico que expõem a vida privada de famosos e pessoas públicas.

³⁴ Rel. Min. Luiz Fux, DJ 18.05.2015

³⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 94.

³⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 93.

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 50.

Este conflito envolve, principalmente, os princípios da privacidade e da liberdade de imprensa. Se isoladamente considerados, o princípio da privacidade proibiria a publicação de imagens e notícias sem a devida anuência de determinada pessoa, enquanto o princípio da liberdade de imprensa permitiria livremente as publicações. Percebe-se que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de aplicação do outro e vice versa.

Se ausentes regras para determinar as hipóteses concretas, a colisão deverá ser resolvida por meio de um sopesamento entre os princípios conflitantes. “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto”³⁸. O sopesamento, portanto, criará “uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”³⁹.

O resultado deste sopesamento pode apontar que, em certas circunstâncias o princípio da liberdade de imprensa tem precedência sobre o princípio da intimidade, autorizando a publicação das notícias e imagens. Fossem outras as circunstâncias, envolvendo os mesmos princípios, é plenamente possível que se decida pela precedência da privacidade em relação à liberdade de imprensa, sem que isso seja fonte de insegurança jurídica.

Alexy evolui para afirmar que o resultado dos sopesamentos e a consequente relação de precedência são, na verdade, indicações de “*condições sob as quais se verifica uma violação a um direito fundamental*”⁴⁰. Lembrando que as violações aos direitos fundamentais são proibidas, o mestre alemão extrai disso a possibilidade de formular uma regra, que diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente.

Em suas palavras, a “*lei de colisão*” estabelece que: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”⁴¹.

Assim, por exemplo, com a definição, sob determinadas circunstâncias, da precedência do princípio da liberdade de imprensa em face do princípio da privacidade, se estabelece uma regra que determina que quando as circunstâncias do caso concreto forem iguais às de quando foi feito aquele sopesamento, a proibição da veiculação das notícias não será permitida. Essa regra estabelece um direito e um dever definitivos todas as vezes que as circunstâncias fáticas e jurídicas forem iguais àquelas em que o sopesamento foi realizado.

³⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 95.

³⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 96.

⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 98. Itálicos do original.

⁴¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 99.

Por essa razão princípios isoladamente considerados sempre estabelecem direitos *prima facie*.

“O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para um juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas.”⁴²

Este sopesamento e a criação de relações de precedências e suas conseqüentes regras não são atribuições exclusivas dos juízes do Supremo Tribunal Federal. O legislador também realizará o sopesamento entre princípios quando da elaboração legislativa, percorrendo ele próprio o caminho entre o direito *prima facie* definido pelo princípio e o direito definitivo materializado nas regras⁴³. Assim como os juízes de primeiro grau de jurisdição, ao consolidarem seu entendimento em determinado sentido quando sopesando determinados princípios, acabarão criando regras cuja aplicação será feita por subsunção⁴⁴.

5 Direitos fundamentais

5.1 Delimitação

Assim como as regras e os princípios, os direitos fundamentais vêm sendo exaustivamente estudados, criando-se um sem número de definições e classificações, além dos estudos concentrados em seus elementos específicos.

Para evitar reducionismos este trabalho trata apenas dos conceitos mais relevantes para o tema ora estudado, a saber, a função de defesa dos direitos fundamentais, seu suporte fático, as restrições e seu conteúdo essencial.

Antes, porém, um breve esclarecimento se faz necessário. Demonstrou-se acima que os princípios são mandamentos de otimização, que garantem direitos *prima facie*, observando as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, enquanto as regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos. Entre os princípios, a colisão é solucionada através

⁴² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 108.

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 52.

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 55/56.

de um sopesamento, enquanto entre as regras a solução dos conflitos se dá no plano da validade. Conhecendo minimamente os direitos fundamentais⁴⁵ é seguro concluir, desde já, que, normalmente, eles terão natureza principiológica. Isso quer dizer que para cada direito fundamental existirá pelo menos um princípio correspondente⁴⁶.

Isso porque princípios são normas que, quando em conflito, exigem um sopesamento para definir qual delas terá prevalência, não sendo possível de se imaginar a declaração de invalidade de um direito fundamental simplesmente porque entrou em conflito com outro direito fundamental, até porque, como será exposto, o modelo aceito neste trabalho implicará em um elevado número de conflitos entre esses direitos.

5.2 A função de defesa dos direitos fundamentais

Os direitos de defesa impõem ao Estado um dever de não interferir no espaço de autodeterminação do indivíduo⁴⁷. São direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas⁴⁸, que, para Alexy, dividem-se em três grupos: os direitos ao não-embaraço de ações, os direitos à não-afetação de características ou situações e os direitos à não-eliminação de posições jurídicas⁴⁹.

Ao primeiro grupo pertencem os direitos a que o Estado não embarace qualquer tipo de ações, ou seja, não as impeça ou dificulte⁵⁰. O direito ao não-embaraço é um direito a uma ação negativa, impedindo o Estado de estorvar o exercício da liberdade do indivíduo⁵¹.

Os direitos à não-afetação de características e situações protegem aquilo que parte da doutrina chama de bens jurídicos⁵², como a vida e a inviolabilidade do domicílio. Apesar

⁴⁵ Este trabalho não se propõe a delimitar precisamente o conceito de direitos fundamentais, a uma porque a infinidade de conceitos trabalhados pela doutrina e pelos tribunais traz mais perguntas do que respostas; a duas porque a definição dos temas acima delimitados servirá perfeitamente para o que se pretende trabalhar mais adiante, sendo que cada leitor poderá preencher o “vazio” deste trabalho com definição de direitos fundamentais que mais lhe agrada; por fim, também não será abordada a relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, por fugir muito do tema central desta monografia.

⁴⁶ Pode ser que exista apenas um princípio, ou mais de um princípio, ou um princípio e uma regra, ou mais de um princípio e mais de uma regra que correspondam ao mesmo direito fundamental. Mas sempre haverá pelo menos um princípio para cada direito fundamental.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso ..., p. 157.

⁴⁸ Alexy esclarece que “Os direitos a ações negativas são, portanto, direitos à não-realização de intervenções em determinados bens protegidos. A esse direito à não-realização de uma intervenção corresponde, como já demonstrado, o dever de não realizar essa intervenção.” ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 303.

⁴⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 196.

⁵⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 198. A distinção entre o impedimento e o embaraço, em poucas palavras, se aproximará de: o impedimento ocorre quando as circunstâncias criadas fazem com que o indivíduo deixe de realizar uma ação, enquanto o embaraço torna a realização injustificadamente mais onerosa.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso ..., p. 158.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso ..., p. 158.

de Alexy criticar a expressão “bens”, que pode induzir a erro, não chega a se opor ao seu uso⁵³.

Por fim, o terceiro grupo é constituído pelos direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas:

“A existência de uma posição jurídica significa que uma norma correspondente (individual ou universal) é válida. O direito do cidadão, contra o Estado, a que este não elimine uma posição jurídica sua é, nesse sentido, um direito a que o Estado não derogue determinadas normas”⁵⁴.

É importante apontar que em certos casos, como quando se proíbe a expressão de determinadas opiniões, essa proibição pode ser encarada tanto sob o aspecto do embaraço de uma ação (quando o Estado impede ou dificulta a ação de expressar a opinião) quanto sob o aspecto de eliminação de uma posição (quando o Estado derroga a norma que permite ao cidadão se expressar)⁵⁵.

5.3 Suporte fático

O suporte fático dos direitos fundamentais é tema pouco trabalhado no direito brasileiro, assemelhando-se ao conceito de *tipo* do direito penal e aos conceitos de *hipótese de incidência* e *fato imponible* do direito tributário⁵⁶.

Primeiramente, e para melhor delimitar o assunto, é necessária a distinção entre suporte fático abstrato e suporte fático concreto. O suporte fático abstrato, que neste momento inicial será o mais relevante, é constituído por “aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica”⁵⁷. Já por suporte fático concreto, entende-se a efetiva realização mundana dos fatos ou atos previstos

⁵³ “O fato de que *a* viva não significa que existem *a* e algo mais, o bem, e que entre ambos exista uma relação de posse; significa, na verdade, que *a* é conferida uma característica: viver”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 199, nota de rodapé 62. Apesar da crítica à expressão, o próprio Alexy, no mesmo contexto, diz que “não há nada a objetar” quanto a seu uso.

⁵⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 201. Para uma melhor compreensão do conceito de posições jurídicas v. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 184 e seguintes.

⁵⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 201.

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 65/66. Virgílio utiliza as expressões do direito tributário *fato gerador* e *hipótese de incidência*. Preferi a terminologia de Geraldo Ataliba, cf ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. 14. tir. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 53/58, o que não gera qualquer alteração no sentido.

⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 67.

na norma jurídica⁵⁸⁻⁵⁹. Há, portanto, uma relação de dependência entre a configuração do suporte fático concreto com o abstrato.

Como visto, os direitos fundamentais enquanto direitos de defesa têm como função primordial proteger o indivíduo contra intervenções indesejadas. Viu-se também que o suporte fático⁶⁰ é formado pelos atos ou fatos, descritos por uma norma, que prevê uma consequência. Levando-se em consideração que nossa Constituição abriga muitas normas de direitos fundamentais, como aquelas que protegem o direito à privacidade, à igualdade, entre muitas outras, como, então, definiremos o suporte fático dessas normas?

Para Virgílio, será preciso responder a quatro perguntas: “(1) O que é protegido? (2) Contra o quê? (3) Qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) O que é necessário ocorrer para que a consequência jurídica possa também ocorrer?”⁶¹. Não basta, portanto, a mera definição do objeto da proteção para compreendermos o suporte fático dos direitos fundamentais. Aquilo que é protegido é tão somente uma parte, chamada de âmbito de proteção⁶², como também é parte do suporte fático aquilo contra o qual algo é protegido. Normalmente os direitos de defesa protegerão o âmbito de proteção de intervenções estatais e, nestes casos, a consequência jurídica usual será a exigência de cessação da intervenção⁶³.

Como exemplo, a ação de uma pessoa de publicar sua opinião em uma página na internet está inserida no âmbito de proteção da liberdade de expressão, porém, enquanto não houver uma intervenção em sua liberdade, não se preencherá o suporte fático. Enquanto não for preenchido o suporte fático, não ocorrerá a consequência jurídica – a competência para exigir a cessação da intervenção – pois esta somente poderá ocorrer quando existir uma intervenção no âmbito de proteção.

Há, contudo, um terceiro elemento que compõe o conceito de suporte fático, como proposto por Virgílio, que aponta que não basta a ocorrência dos dois elementos anteriores

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 68.

⁵⁹ Tratando sobre a polêmica da terminologia de *fato gerador* no direito tributário, Geraldo Ataliba chega a uma formulação muito próxima à de Virgílio, com terminologia diversa e específica para aquele ramo do direito: “À descrição hipotética, contida na lei, do fato apto a dar nascimento à obrigação chamamos de hipótese de incidência tributária. Ao fato concreto, efetivamente ocorrido, na conformidade da previsão legal, designamos fato imponível.” ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária..., p. 58.

⁶⁰ Deste ponto em diante, quando me referir apenas a suporte fático, será sempre o suporte fático abstrato.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 70/71.

⁶² Virgílio esclarece o conceito de âmbito de proteção: “*Âmbito de proteção* é, nesse sentido, “(...) o âmbito dos bens protegidos por um direito fundamental”; e *bens protegidos*, nessa definição, “são ações, estados ou posições jurídicas nos respectivos âmbitos temáticos de um direito de defesa”. SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 72. Itálicos do original.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 71.

(âmbito de proteção e intervenção) para que a consequência jurídica de um direito a liberdade seja acionada:

“É também necessário que não haja fundamentação constitucional para a intervenção. Se houver fundamentação constitucional para a intervenção estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica”⁶⁴.

Assim, quando algo protegido pelo âmbito de proteção de um direito fundamental for alvo de uma intervenção estatal sem fundamentação constitucional, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para aquela situação (normalmente a exigência para cessar a intervenção)⁶⁵.

No exemplo em que uma pessoa publica sua opinião em uma página na internet, se o conteúdo de sua publicação for racista, existirá uma fundamentação constitucional que justificará uma intervenção estatal embaraçando aquela ação (de publicar e manter acessível uma mensagem racista), não sendo possível a ocorrência da consequência jurídica da norma de liberdade de expressão (a abstenção estatal ou cessação da intervenção).

5.3.1 Suporte fático amplo e suporte fático restrito

O conceito inicial de suporte fático não levanta tantas controvérsias quanto a escolha de sua amplitude. Antes de expor o tema, adianta-se que neste trabalho se adota o suporte fático amplo, uma vez que a aceitação dos pressupostos da teoria dos princípios de Alexy implica, necessariamente, a rejeição do suporte fático restrito⁶⁶.

5.3.1.1 Suporte fático restrito

Aqueles que adotam a teoria do suporte fático restrito, para definir o conteúdo de suporte fático excluem “de antemão, determinadas condutas do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais”⁶⁷. Sua principal característica é a não-inclusão no âmbito de proteção

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 74.

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 75. Apesar do foco deste trabalho (assim como do de Virgílio) ser a função de defesa dos direitos fundamentais, a tese se sustenta também se aplicada aos direitos sociais e aos direitos à prestação.

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 67.

⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 82.

de determinadas normas de direitos fundamentais de certas ações, estados ou posições jurídicas que, em abstrato, poderiam ser protegidas pelo âmbito de proteção.

É o que acontece, por exemplo, quando tribunais e doutrinadores repetem o bordão “*os direitos fundamentais não podem servir de salvaguarda de práticas ilícitas*”. Neste caso os que louvam o brocardo estão de antemão, sem analisar as circunstâncias jurídicas do caso concreto, excluindo determinadas ações, estados ou posições (para eles, as práticas ilícitas) do âmbito de proteção de determinado direito fundamental. O mesmo acontece quando se indaga se a liberdade religiosa poderá ser invocada para efetuar sacrifícios humanos ou se a liberdade artística protege o pintor que quer pintar uma tela em um cruzamento movimentado. Se a resposta a essas perguntas for negativa, estar-se-á adotando uma teoria restrita do suporte fático⁶⁸.

Adotar uma teoria restrita do suporte fático implica em aceitar que certas formas de exercício de um direito fundamental (pintar num cruzamento movimentado, realizar sacrifícios humanos) não estão protegidas pelo preceito constitucional que garante aquele direito. Nesses moldes, não será possível falar em restrição a direitos fundamentais, porque não haverá conflito entre eles. O que haverá é a delimitação de quais ações são efetivamente protegidas pelas normas de direitos fundamentais e quais são apenas aparentemente protegidas⁶⁹, de modo que estas últimas podem ser alvo da intervenção estatal sem a exigência de uma fundamentação constitucional, tratando-se de questões meramente legais, afastadas do controle de constitucionalidade⁷⁰.

Nesse sentido, a principal tarefa para quem adote a teoria do suporte fático restrito é fundamentar o que deve e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção de cada direito fundamental em específico além de definir a extensão de cada intervenção estatal⁷¹.

5.3.1.2 Suporte fático amplo

Adotando-se um modelo amplo do suporte fático, a árdua tarefa de delimitar precisamente quais ações, estados e posições estão inseridas no âmbito de proteção de determinado direito fundamental perde sua razão de ser. Tratando-se do suporte fático amplo, a discussão desloca-se para o momento da fundamentação da intervenção⁷². Deste modo, a

⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 80/81.

⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 82.

⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 80.

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 94.

⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 94.

pergunta “o que faz parte do âmbito de proteção de um determinado direito fundamental?” pode ser substituída pela pergunta “o que é protegido *prima facie* por esse direito?”⁷³.

Para Alexy, “uma teoria ampla do suporte fático é uma teoria que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção”⁷⁴. Virgílio, esclarecedor, aponta que:

“toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis”⁷⁵.

A definição é propositalmente aberta porque tem como objetivo maximizar o alcance do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Alexy propõe duas regras para compreendermos a forma pela qual ocorre a inclusão das ações, estados e posições no âmbito de proteção de cada direito fundamental, registrando ainda não serem apenas estas duas as únicas regras dessa inclusão. São elas:

“(1) Tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes. [...]
(2) No campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas”⁷⁶.

Como visto, a subsunção ao âmbito de proteção é propositalmente aberta, porque este é apenas um primeiro passo, uma vez que o que se está a definir é tão somente uma proteção *prima facie* conferida pela norma de direito fundamental. Será imprescindível realizar um sopesamento nas situações concretas, para determinar se esta proteção *prima facie* se tornará definitiva ou não⁷⁷. Nos exemplos anteriores (publicar mensagens racistas está incluído no âmbito de proteção da liberdade de expressão?; realizar sacrifícios humanos está protegido pelo âmbito de proteção da liberdade religiosa?; pintar em um cruzamento movimentado está no âmbito de proteção da liberdade artística?), adotando-se um modelo amplo do suporte fático, por mais assustador que essa afirmação possa parecer a princípio, todas essas ações estão inseridas no âmbito de proteção de suas respectivas normas de direitos

⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 109.

⁷⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 322.

⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 109.

⁷⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 322.

⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 109.

fundamentais. Esta proteção, contudo, é apenas *prima facie*, e dependerá do sopesamento realizado entre as demais circunstâncias presentes, para tornar-se, ou não, definitiva.

Contudo, em um modelo de suporte fático amplo, não é apenas o âmbito de proteção dos direitos fundamentais que é ampliado, mas também será amplo, nos mesmos moldes, o conceito de intervenção. A intervenção, como visto, é um elemento do conceito de suporte fático e, por essa razão, a ela serão aplicadas as mesmas regras de abertura que ao âmbito de proteção⁷⁸.

Assim, se houver uma intervenção estatal em alguma ação, estado ou posição que *prima facie* seja protegida por um direito fundamental, e se esta intervenção for devidamente fundamentada, então não se estará diante de uma violação a um direito fundamental, mas diante de uma restrição constitucionalmente aceita. Por outro lado, se esta intervenção não for devidamente fundamentada, estar-se-á diante de uma violação inconstitucional àquele direito fundamental⁷⁹. Isso explica o que se disse anteriormente, a respeito da transferência, para quem adote uma teoria ampla do suporte fático, do deslocamento do esforço argumentativo para o momento da fundamentação da intervenção. Será a fundamentação da intervenção que, em última análise, determinará se certa restrição a um determinado direito fundamental será constitucional, e, portanto válida, ou inconstitucional, e, portanto rechaçada. Virgílio, defendendo o modelo que adota, vaticina:

“Um modelo como o que se pretende defender neste trabalho tem como função sobretudo criar exigências de fundamentação para o aplicador do direito; exigências, essas, que levam a uma possibilidade mais sólida de diálogo intersubjetivo e, conseqüentemente, a uma maior proteção aos direitos fundamentais”⁸⁰.

5.4 Restrições a direitos fundamentais

Ao adotar uma teoria ampla do suporte fático, anuiu-se com a ampliação e abertura dos conceitos de âmbito de proteção e intervenção dos direitos fundamentais. Trabalhando desta maneira, é intuitivo concluir que aumentarão também as ocasiões de colisão entre direitos, aumentando, por consequência, as restrições aos direitos. Há duas correntes principais que buscam estudar as restrições a direitos em geral e que também são

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 111.

⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 110/112.

⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 124.

utilizadas para estudar as restrições aos direitos fundamentais, chamadas de teoria interna e teoria externa.

5.4.1 Teorias interna e externa

Pensar em restrição a um direito naturalmente sugere que existirão duas coisas: o direito e a restrição. Mas isto não é verdade quando se adota uma teoria interna, para a qual não há duas coisas, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo, substituindo-se o conceito de restrição pelo conceito de limite⁸¹. A fixação desses limites é um pressuposto interno, que não será definida nem influenciada por aspectos externos, nem mesmo por colisões com outros direitos⁸². Nesse sentido, a definição do conteúdo do direito é feita previamente, tendo como resultado uma norma que será aplicável definitivamente e que deverá produzir todos os seus efeitos sempre que preenchido o seu suporte fático. Essa norma, evidentemente, só pode ter a natureza de regra. Como consequência, uma vez que não há restrições, apenas limites previamente definidos, não haverá também sopesamento, impossibilitando a distinção entre direitos *prima facie* e direitos definitivos⁸³.

Existem diversas teorias que, dentro dos moldes da teoria interna, buscam explicar quais são e como definir as limitações ao conteúdo dos direitos fundamentais, sendo, talvez, a mais popular delas no Brasil a teoria dos limites imanentes. Para evitar reducionismos e manter o foco no objeto deste trabalho, estas teorias não serão individualmente analisadas, bastando, para o momento, a conclusão de que, via de regra, a teoria interna padece do mesmo mal que uma teoria restrita do suporte fático: a delimitação daquilo que está dentro e fora dos limites de cada direito fundamental⁸⁴.

Ao contrário da teoria interna, para a teoria externa existirão duas coisas: “em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*”⁸⁵. As restrições, então, não terão influência no conteúdo de um direito, e sim em seu exercício⁸⁶, porque, nesses moldes, a

⁸¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 277.

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 128.

⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 129.

⁸⁴ Para uma visão acerca das demais teorias internas, v. SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 130/138.

⁸⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 277. Itálicos do original.

⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 138.

relação entre os conceitos de direito e de restrição somente surge a partir da exigência externa ao direito, ou seja, a partir das exigências de direitos conflitantes⁸⁷.

Nesse sentido, se os princípios são normas que garantem direitos *prima facie*, e os direitos fundamentais são garantidos por normas com natureza de princípios, a adoção da teoria externa é mandamental porque somente através desta aceitação é que se pode trabalhar a noção de “*direito não restringido*” como direito *prima facie* e de “*direito restringido*” como direito definitivo. Como assentou Alexy:

“Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições”⁸⁸.

5.4.2 Restrições por meio de regras e princípios

Uma norma será uma restrição a um direito fundamental quando restringir uma posição *prima facie* de direito fundamental⁸⁹. Normalmente as restrições a direitos fundamentais ocorrerão por meio de regras, normalmente expressas na legislação infraconstitucional, que, por sua vez, serão restrições quando “no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo”⁹⁰.

Neste ponto, é importante rememorar o que se disse anteriormente, a respeito da *lei de colisão*⁹¹, quando se afirmou que a colisão entre princípios se resolverá através de um sopesamento cujo resultado será expressado por meio de uma regra. Nessas situações temos que considerar que a restrição é baseada na regra que resultou do sopesamento. É por essa razão que Virgílio afirma que “*materialmente* falando, as restrições a direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios. [...] *Formalmente*, no entanto, a restrição poderá ocorrer de formas diversas”⁹². Nas hipóteses em que não exista ainda uma regra resultado de um sopesamento entre princípios, caberá ao julgador do caso concreto realizá-lo, aplicando

⁸⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 277.

⁸⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 277.

⁸⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 281.

⁹⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 283. Itálicos do original

⁹¹ Ponto 4.1.2.

⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 142/143.

diretamente os princípios. Nesses casos haverá uma restrição ao direito fundamental garantido pelo princípio que teve que ceder⁹³.

5.4.3 Restrições e regulamentações

Demonstrou-se que, adotando a teoria externa, se pode falar em duas coisas: o direito e a restrição. Resta, então, esclarecer a partir de que momento é possível falar em restrição a um direito fundamental. Noutras palavras, é possível perguntar se existem algumas interferências em direitos fundamentais que, apesar de dificultarem ou impedirem seu exercício, não seriam intensas o bastante para serem classificadas como restrições.

A resposta é importante porque, como visto, aceitando a teoria ampla do suporte fático, a restrição a direitos fundamentais deve, necessariamente, possuir uma carga de fundamentação constitucional elevada, de modo que, se for possível a interferência nestes direitos sem que se constitua uma restrição, a carga de fundamentação seria, no mínimo, menos rígida. Essas intervenções, que, em teoria, não seriam tão graves a ponto de serem restrições, seriam tão somente uma regulação ao direito fundamental.

Virgílio aponta que existem diferentes modelos que adotam a possibilidade de regulações a direitos fundamentais, expondo o modelo de Rawls, para quem as intervenções no conteúdo das liberdades fundamentais seriam uma forma de restrição, enquanto as intervenções na forma de exercício das liberdades fundamentais seriam meras regulamentações⁹⁴.

A lógica por trás das divisões desta espécie é a que as regulamentações não poderiam implicar em grandes prejuízos porque não restringem o conteúdo do direito fundamental, apenas determinam a forma de seu exercício. Não é difícil perceber as falhas nesta classificação. Com efeito, intervir na forma de exercício dos direitos fundamentais é efetivamente interferir em seu conteúdo.

Dois exemplos utilizados por Virgílio podem ajudar a tornar isso muito mais claro. No primeiro cenário, retirado da obra de Alexy, imagina-se um município em que os habitantes vêm discutindo questões políticas no parque principal da cidade. As reuniões neste local alcançam grande popularidade e, conseqüentemente, há grande participação popular nas discussões políticas daquela cidade. A prefeitura, preocupada com a conservação do parque e com a crescente fiscalização popular, decide proibir as reuniões naquele local, permitindo-as

⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, p. 143.

⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, p. 100.

apenas nas tardes de domingo, oferecendo, como alternativa, um estacionamento na periferia da cidade para que os debates continuassem nos outros dias e horários.

Neste exemplo, em teoria, a restrição não afetou o conteúdo dos direitos de reunião e de expressão dos cidadãos, porém, a regulamentação na forma de exercício destes direitos é capaz de eliminá-los por completo. Isso porque pode ser que os habitantes não possam todos se reunir no domingo à tarde, ou não tenham interesse em debater política em um estacionamento na periferia da cidade. Nesta hipótese a administração seria efetivamente capaz de silenciar o debate político por meio de uma regulamentação ao direito de reunião.

Apesar de não proibir as reuniões ou determinar o que poderá nelas ser discutido, a regulamentação de seu horário e local é plenamente capaz de interferir no âmbito de proteção da norma que garante esses direitos fundamentais. Nesse sentido, toda interferência no âmbito de proteção dos direitos de fundamentais (não é demais lembrar que foi adotada a teoria ampla do suporte fático) é uma restrição⁹⁵.

O outro cenário proposto por Virgílio é o seguinte: uma lei que proíba manifestações de partidos comunistas nos dias 10 de fevereiro de cada ano, entre 14 e 18h, apesar de trazer uma restrição ínfima aos direitos de expressão e de reunião (apenas um dia por ano, durante quatro horas), dificilmente será considerada constitucional. Entretanto, uma lei que proíba manifestações, em todos os dias e horários, em frente a órgãos de soberania do Estado, apesar de representar uma restrição muito mais intensa, poderá, sobretudo por motivos de segurança, ser considerada constitucional⁹⁶.

Destes dois exemplos, Virgílio extrai dois ensinamentos. Primeiramente, é possível perceber que as regulamentações, ainda que apenas interfiram na forma de exercício do direito, configuram sim restrições a um direito fundamental, porque têm a capacidade de interferir no seu âmbito de proteção.

Em segundo lugar, a inconstitucionalidade de uma medida não depende de sua intensidade. Existirão medidas pouco restritivas inconstitucionais e medidas de restrições intensas constitucionais⁹⁷, a depender de sua fundamentação.

A conclusão não poderia ser outra a não ser a dispensabilidade da classificação entre restrições e regulamentações e a compreensão de que qualquer interferência no âmbito de proteção de um direito fundamental exige fundamentação constitucional que a autorize.

⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, p. 100/101.

⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, p. 106/107.

⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, p. 107/108.

5.5 Proporcionalidade

5.5.1 Uma questão terminológica

O termo dominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras, para se referir à proporcionalidade é *princípio*⁹⁸. Com tudo que já foi dito até aqui, parece desnecessário repetir que princípios são normas que garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*, enquanto regras são normas que garantem direitos ou impõem deveres definitivos. Entretanto, a própria natureza da proporcionalidade faz vacilar em classificá-la como regra. A ausência de um comando objetivo e de uma consequência jurídica clara são, muitas vezes, tidas como suficientes para a classificação principiológica.

Virgílio aponta que a proporcionalidade tem efetivamente a estrutura de regra “porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto”⁹⁹. Entretanto, o próprio autor reconhece que não se trata de uma regra de conduta, nem de uma regra de atribuição de competências, “mas de uma regra acerca da aplicação de outras regras”¹⁰⁰, exemplificando com outras regras que também não se enquadram nas primeiras duas categorias (mas não são as únicas): as três regras de resolução de antinomias¹⁰¹.

Barroso, que prefere não entrar na discussão a respeito da terminologia apropriada, utiliza o termo princípio, porém o faz num contexto em que analisa não só a aplicação, mas também o desenvolvimento histórico da proporcionalidade e da razoabilidade, afirmando que, para ele, estes dois conceitos são intercambiáveis¹⁰².

A meu ver, a única possibilidade de se referir a proporcionalidade como princípio é aquela em que, em alusão as origens históricas da razoabilidade nos EUA e da proporcionalidade na Alemanha, prega um mandamento aristotélico ao direito: o dever de alcançar a mediania, respeitando as circunstâncias do caso concreto.

Assim, quando, e somente quando, a referência à proporcionalidade disser respeito à atribuição própria do direito de, dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas apresentadas, alcançar a decisão mais justa possível para todas as partes, faria sentido falar em princípio da proporcionalidade, porque dessa maneira ele garante aos cidadãos um direito

⁹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional..., p. 291, nota de rodapé 26.

⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 168.

¹⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 168.

¹⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 169.

¹⁰² BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional..., p. 292.

prima facie de ter uma solução justa para o seu caso, porém esse direito *prima facie* poderá ser restringido por outros princípios e regras colidentes, resultando em um direito definitivo *minus justo*, o que não afetaria a validade da proporcionalidade no sistema.

Por outro lado, sempre que alguém se referir à proporcionalidade no seu sentido contemporaneamente mais comum – a aplicação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – não pode haver dúvidas de que, seguindo o que vem sendo defendido neste trabalho, se está diante de uma regra.

5.5.2 Um breve apontamento: a necessidade de fundamentação

Assim como muitos juristas da atualidade se acostumaram a, sem realizar uma análise crítica, chamar a proporcionalidade de princípio, muitos também se acostumaram a pensar na proporcionalidade como mediania. Nesse sentido, os operadores do direito se utilizam da proporcionalidade para justificar suas posições, quaisquer que sejam. Vejamos um singelo exemplo:

Nos autos do processo nº 0131622-23.2015.5.13.0025, o Juiz do Trabalho da 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa, em sentença publicada no dia 20 de janeiro de 2016, declarou a inconstitucionalidade de uma norma que reservava 20% das vagas de determinado concurso público para negros, justificando sua decisão no princípio da proporcionalidade. Disse o magistrado:

“Ora, o Brasil é um país multirracial, de forma que a maioria da sociedade brasileira poderia se beneficiar da reserva de cotas a partir da mera autodeclaração (art. 2o da Lei n.o 12.990/2014), o que *não parece razoável nem proporcional*. Assim, admitindo-se por mera epítrope a constitucionalidade da Lei n.o 12.990/2014, a ausência de critérios objetivos para a classificação dos cidadãos como negro tornaria a norma desprovida de lógica, além de *desproporcional e irrazoável*. [...] Além disso, a ausência de critérios relacionados à ordem de classificação também fere a *proporcionalidade*, na medida em que basta o mero atingimento do ponto de corte da seleção para garantir a investidura do negro no cargo ou emprego, ainda que o mesmo seja, por exemplo, o último colocado.”

Não é preciso enfrentar o mérito da discussão para perceber que em nenhum momento o magistrado explicitou a fundamentação que utilizou para concluir que a referida norma feriu a proporcionalidade. Como é cediço, a mera repetição de brocardos jurídicos não os torna verdadeiros para todos os casos concretos. Não há na decisão nenhuma referência a

qualquer um dos três testes da regra da proporcionalidade, ou seja, o juiz afirma com veemência a desproporcionalidade da norma, mas não demonstra qual dos testes da proporcionalidade não foi cumprido. A norma não pode ser desproporcional e não atingir a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Algum desses três elementos tem que estar ausente para que uma norma não seja proporcional, e é imprescindível que essa ausência seja devidamente explicitada.

5.5.3 Proporcionalidade e sopesamento

Faz-se necessária mais uma breve distinção de conceitos antes do prosseguimento no tema. A proporcionalidade é hoje tida por muitos juristas como um princípio universal, a ser aplicado em todas as relações de direitos. Contudo, a regra da proporcionalidade tem aplicação específica e não universal.

Viu-se anteriormente que o resultado de um sopesamento entre princípios terá seu resultado expressado através de uma regra e que normalmente este sopesamento é tarefa do legislador e a regra resultante será uma lei. Estas regras então serão utilizadas no plano jurídico e os eventuais conflitos com outras regras (que surgiram de seus próprios sopesamentos) serão resolvidos no plano da validade. Nos casos em que não houver regras que disciplinem a colisão entre princípios, eles serão aplicados diretamente ao caso concreto, normalmente pelo juiz, que realizará o seu próprio sopesamento, conforme a lei de colisão, e não deverá utilizar a regra da proporcionalidade¹⁰³.

Isso porque a regra da proporcionalidade exige a existência de “uma medida concreta que será testada”, ou seja, uma “variável de referência”¹⁰⁴, em face da qual serão realizados os seus três testes. Nesse sentido, é para verificar se uma regra infraconstitucional (normalmente uma lei) restringe inconstitucionalmente um direito fundamental que será utilizada a regra da proporcionalidade.

Noutras palavras, a síntese é simples: quando em um caso concreto ocorrer um conflito entre regras, ele será solucionado no plano da validade, e quando ocorrer um conflito entre princípios este será solucionado através de um sopesamento. Para que uma medida estatal (regra) possa restringir um direito fundamental (princípio), será utilizada a regra da proporcionalidade.

¹⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 178/179.

¹⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p.179.

5.5.4 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

Quando o Estado adota uma determinada medida (normalmente através da criação de uma lei) ele estará, via de regra, buscando realizar algum direito, seja ele das pessoas naturais ou jurídicas. Pode ser, e normalmente é assim, que essa determinada medida entre em conflito com outros direitos, o que, se forem direitos fundamentais (em razão de sua condição principiológica), implicará na utilização da regra da proporcionalidade. Sabemos que as restrições a direitos fundamentais para serem constitucionalmente legítimas precisam ser justificadas, porque qualquer intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve ser devidamente fundamentada. É para averiguar a constitucionalidade dessas medidas que confrontam direitos fundamentais que utilizamos a regra da proporcionalidade e seus três testes.

Primeiramente, é preciso verificar a *adequação* da medida estatal. A pergunta a ser feita é: “A medida adotada é adequada para *fomentar a realização* do objetivo perseguido?”¹⁰⁵ O que se pretende é verificar se aquela medida estatal, implantada com o objetivo de alcançar o objetivo X (normalmente a realização de algum direito) possui de fato a capacidade de alcançar o objetivo almejado. Não é necessário verificar desde logo se a medida efetivamente alcançará o objetivo, mas sim se ela é capaz de estimular a sua realização. É dizer, a adequação trata da compatibilidade entre o meio escolhido pelo Estado para atuar (a medida) e a finalidade daquela atuação estatal (atingir o objetivo X). Uma medida estatal será inadequada, e, portanto, desproporcional, se o meio escolhido pelo Estado não possuir a mínima capacidade para promover o objetivo almejado.

O exame de *necessidade*, alerta Virgílio, não significa a exigibilidade ou a imposição da atuação estatal. Ele será um teste comparativo, o que implica na existência de medidas “alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade”¹⁰⁶. O que se pretende, a princípio, é verificar se além de uma determinada medida estatal, que é *adequada*, não existem outras medidas, também *adequadas*, que, para promover o mesmo objetivo, *com a mesma intensidade*, limitem com menos intensidade os direitos fundamentais restringidos¹⁰⁷.

É relevante destacar que essa comparação entre as medidas *adequadas* nem sempre será solucionada pela adoção da medida menos gravosa. Ocorrerão situações em que

¹⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 170. Itálicos do original.

¹⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 171.

¹⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 171.

as medidas menos gravosas não serão capazes de estimular o objetivo almejado com a mesma intensidade que as medidas mais gravosas, o que justificaria a *necessidade* da medida mais limitadora. O grau de eficiência das medidas comparadas será fator de extrema relevância para o resultado¹⁰⁸. Assim, uma vez que para a realização de objetivos complexos muitas vezes não existem medidas que sejam ao mesmo tempo eficazes e pouco restritivas, é preciso reconhecer que algumas medidas *adequadas* e altamente gravosas deverão ser consideradas *necessárias*, porque serão as mais eficazes para se alcançar o objetivo almejado.

E é nesse sentido que Virgílio afirma que:

“A última etapa da proporcionalidade, que consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tem como função principal justamente evitar esse tipo de exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar.”¹⁰⁹

Esse exame, o da *proporcionalidade em sentido estrito*, será, portanto, o sopesamento realizado entre a intensidade das restrições aos direitos fundamentais e a importância da realização do objetivo pretendido pelo Estado. Para que determinada medida não seja *proporcional*, é preciso que após o sopesamento se conclua que os motivos que fundamentam a sua adoção não são suficientes para justificar as restrições aos direitos fundamentais atingidos.

5.6 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais

5.6.1 Dimensões

O título de Alexy para tratar sobre o assunto em sua Teoria dos Direitos Fundamentais é, como de costume, uma síntese esclarecedora: “Da garantia do conteúdo essencial como restrição das restrições”¹¹⁰. A ideia, prematuramente, é que o conteúdo essencial servirá como freio para restrições a direitos fundamentais que extrapolem alguma espécie de limite.

Virgílio, diligente, estabelece inicialmente a distinção entre o conteúdo essencial em sua dimensão objetiva – aquela em que o “o conteúdo essencial de um direito fundamental

¹⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 171/174.

¹⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 175.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 295.

deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como um todo”¹¹¹ – e subjetiva:

“[...] porque é perfeitamente possível – e provável – que uma restrição, ou até mesmo uma eliminação, da proteção de um direito fundamental em um caso concreto individual não afete sua dimensão objetiva, mas poderia significar uma violação ao conteúdo essencial daquele direito naquele caso concreto.”¹¹²

Mas como definir o que faz parte do conteúdo essencial de cada direito fundamental? Qual é esse limite que afastará as restrições a direitos fundamentais e quando ele será ativado? O conteúdo essencial quer dizer que os direitos fundamentais não poderão ser completamente suprimidos em certos casos concretos? Para responder a todas essas indagações, é necessário antes optar entre um modelo de conteúdo essencial absoluto ou relativo.

5.6.2 Conteúdo essencial absoluto e relativo

“Segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma.”¹¹³ Essa proposição, apesar de parecer interessante, importa em um problema já debatido acima: a necessidade de se definir previamente tudo o que fará parte deste núcleo e tudo que estará fora¹¹⁴. O conteúdo essencial de cada direito fundamental, então, não dependerá das circunstâncias de cada caso concreto, uma vez que já estará definido *a priori*.

A hipótese é sedutora porque tem como consequência uma aparente elevada carga de proteção aos direitos fundamentais. A existência de núcleos intransponíveis que não dependam das nuances de cada caso concreto poderia servir de salvaguarda para que direitos de extrema relevância - como a vida, a liberdade, e a propriedade – não sejam reduzidos até o ponto em que deles nada reste.

Entretanto, existem situações constitucionalmente previstas que implicam no esvaziamento por completo de direitos fundamentais, sem que seja possível dizer que são

¹¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 185.

¹¹² SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 186.

¹¹³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 298.

¹¹⁴ Virgílio alerta que existem teorias absolutas dinâmicas, que, diferentemente das estáticas, aceitam que o conteúdo essencial de cada direito fundamental possa ser alterado com a passagem do tempo. Isso quer dizer que “A característica “absoluta” do conteúdo essencial não significa nem exige, portanto, imutabilidade. Absoluto, nesse contexto, implica apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com urgências e contingências.” SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais..., p. 188.

inválidas porque esvaziaram o conteúdo essencial de cada um deles: a pena de morte elimina por completo o direito à vida; a pena de prisão elimina por completo o direito à liberdade; a desapropriação elimina por completo o direito à propriedade¹¹⁵.

A teoria relativa dirá que essas situações são possíveis porque o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é variável e dependerá das circunstâncias de cada caso concreto, não podendo ser definido previamente. Para verificar, em cada caso, se o núcleo essencial foi ou não violado, Alexy propõe que:

“Segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento. Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade.”¹¹⁶

Com essa aproximação, deve-se recordar que a regra da proporcionalidade não exige que seja sempre tomada a medida menos gravosa para os direitos fundamentais, sendo determinantes também a análise da eficiência das medidas comparadas e dos demais princípios colidentes. Nesse sentido, assim como “uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por ser uma restrição intensa”¹¹⁷, “uma restrição que possa ser considerada leve pode, mesmo assim, segundo a teoria relativa, ser encarada como invasão do conteúdo essencial de um direito: basta que não haja fundamentação suficiente para a restrição.”¹¹⁸

Mantendo-se fiel ao que vem sendo defendido até este ponto, não se trata sequer de uma escolha metodológica. A adoção da teoria dos princípios nos moldes aceitos deve implicar necessariamente na adoção de um conteúdo essencial relativo. Nos limites deste trabalho, não é possível imaginar que exista forma mais eficaz de proteger o conteúdo essencial – e, por consequência, os próprios direitos fundamentais – que extrair da própria fundamentação da restrição a legalidade da intervenção no conteúdo essencial. Se a fundamentação da restrição for proporcional – ou seja, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito – então não é possível dizer que houve interferência no conteúdo essencial. Entretanto, basta que a fundamentação da restrição falhe em apenas um dos três testes da

¹¹⁵ Os exemplos são de Virgílio, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, p. 186.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 297/298. Virgílio, como de costume, é esclarecedor: “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos.” SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, p. 197.

¹¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, p. 198.

¹¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, p. 198.

proporcionalidade para que a medida, por mais ínfima que seja, por menor que seja a restrição, não seja proporcional e, como consequência, reduza injustamente o conteúdo essencial de um direito fundamental.

6 Intimidade e privacidade

Para iniciar o estudo do direito à intimidade, é valioso notar como a sua relação com o direito à liberdade é estreitíssima. Um não poderia existir em um ordenamento jurídico em que a outro não existisse e, quanto mais se restringir de um, menos restará do outro. É dizer, existirá liberdade quando o Estado garantir “sua não intervenção em parcela substancial da vida privada das pessoas, permitindo que os nacionais desenvolvam como bem quiserem essa parte de suas vidas”¹¹⁹.

Além de um direito geral de liberdade, que entre nós é previsto expressamente no *caput* do artigo 5º da Constituição da República, Alexy considera também a existência de direitos implícitos de liberdade, que seriam extraídos da norma constitucional que garante o direito geral de liberdade¹²⁰. Um desses direitos seria o direito geral à personalidade, que:

“é definido com precisão por meio da atribuição de um conjunto de direitos concretos. Os objetos desses direitos concretos podem ser descritos como os “bens protegidos pelo direito geral à personalidade”, que o Tribunal Constitucional Federal, resumindo sua jurisprudência, definiu na decisão do caso Eppler. Segundo o tribunal, dentre os direitos atribuídos ao direito geral abstrato à personalidade estão: o direito à esfera privada, confidencial e íntima; o direito à honra pessoal e o direito de controle sobre a representação de si próprio; o direito à própria imagem e à palavra falada; “sob certas condições, o direito a ser protegido contra a imputação de manifestações do pensamento não realizadas”; e o direito a não ser afetado na “pretensão social autonomamente determinada”. Mais recentemente o Tribunal Constitucional Federal adicionou a essa lista um direito à autodeterminação informacional.”¹²¹

Alexy termina por aceitar que devido à sua consolidação o direito geral à personalidade deve ser analisado no seu próprio âmbito¹²², mas é de muita valia perceber que a ideia que se tem de direitos da personalidade teve como nascedouro a liberdade. Isso porque um verdadeiro estado de liberdade pressupõe que “somente se intervenha na liberdade do

¹¹⁹ ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito, intimidade e vida privada: paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna. Curitiba: Juruá, 2010, p. 55.

¹²⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 364/370.

¹²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 367/368.

¹²² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 388.

indivíduo, no estado em que ele se encontra e nas posições jurídicas que ele tem se houver razões que justifiquem a intervenção”¹²³, sendo justamente essa ausência de intervenções não justificadas (ou seja, intervenções arbitrárias) que possibilitam ao indivíduo realizar livremente suas ações e gozar de seus bens e posições jurídicas para desenvolver a sua própria personalidade.

A reclusão periódica não é apenas saudável, mas também uma necessidade de todo ser humano, e o desenvolvimento da personalidade individual necessita de um espaço de reclusão, em que o indivíduo não esteja exposto ao julgamento alheio e público, dando-lhe *tranquilidade emocional* para organizar a própria vida¹²⁴.

A importância desse espaço de tranquilidade se justifica porque é o que possibilita o desenvolvimento da subjetividade, onde cada um buscará se conformar ou escapar da padronização social imposta pela sociedade¹²⁵. É ela que permite que cada pessoa se desenvolva autonomamente¹²⁶, sendo a característica que “proporciona humanidade aos humanos”¹²⁷.

Pode-se dizer, como já foi dito, que “é a *personalidade* que faz do Homem *indivíduo*. É ela que permite a autodeterminação do ser e, pois, caracteriza-o por sua individualidade”¹²⁸. A privacidade¹²⁹ é parte integrante e indissociável da personalidade de cada humano. A esfera privada, aquela em que não há – nem pode haver – intervenção injustificada, é indispensável para o desenvolvimento da personalidade.

É importante destacar que essa reclusão não implica necessariamente em solidão, mas em solitude. Em verdade, a vida privada se realiza inclusive nas relações com outras pessoas. Há intimidade entre casais, entre familiares, entre amigos, e essa intimidade é igualmente importante no desenvolvimento da personalidade.

Há muitas tentativas de se conceituar este fruto da liberdade. Muitas passam pela distinção entre intimidade, privacidade, privacidade e vida privada. Alguns autores classificam a intimidade como uma esfera íntima intransponível, enquanto a privacidade

¹²³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 380.

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso..., p. 280/281.

¹²⁵ ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito, intimidade e vida privada..., p. 62.

¹²⁶ ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito, intimidade e vida privada..., p. 92.

¹²⁷ ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito, intimidade e vida privada..., p. 109.

¹²⁸ TAVARES, André Ramos. Liberdade de expressão-comunicação em face do direito à privacidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coordenadores). Direito à privacidade. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 231. Destaques do original.

¹²⁹ A esta altura, já resta evidente que vem-se utilizando os termos intimidade, vida privada e privacidade sem nenhuma distinção entre si.

como uma esfera externa, passível de restrição¹³⁰. Para esses, “a intimidade seria algo espiritual, imaterial”¹³¹, como as recordações pessoais (memórias), e a vida privada fatos externos como o sigilo bancário; outros preferem utilizam os termos indistintamente; outros são adeptos da teoria das esferas.

A teoria das esferas, importada da jurisprudência e da doutrina alemã, faz uma “distinção entre esferas de proteção com diferentes intensidades”¹³². Seria possível distinguir três esferas, visualmente representadas por três círculos concêntricos, cada um maior que o anterior, de modo que cada esfera representa um âmbito da personalidade do indivíduo. Em intensidade de proteção decrescente, a *esfera mais interior* representaria um âmbito interno e inviolável da liberdade humana; a *esfera privada ampliada*, o âmbito privado que não pertencer à esfera anterior; e a *esfera social*, onde se encontrará o que não for parte de nenhuma das anteriores¹³³.

A principal crítica à teoria das esferas é a sua ausência de conteúdo, por não determinar previamente o que fará parte ou não de cada esfera. Contudo, Alexy traz uma objeção muito mais relevante:

“Entre o mais privado e aquilo que não tem nada de privado existe uma transição gradual. Por isso, não é possível criar duas classes, gozando uma de maior proteção de direitos fundamentais que a outra; o que se deve é, na verdade, fazer diferenciações tanto com base na intensidade da afetação, quanto com base no grau de privacidade. O que a diferenciação entre esferas privada e social corretamente põe em destaque é o fato de que a proteção a direitos fundamentais deve ser tão maior quanto maior for o peso dos princípios protetores da privacidade que estejam aliados ao princípio da liberdade geral de ação.”

Nesse sentido, o que é importante extrair da teoria das esferas, e também dos autores que distinguem a intimidade da privacidade, é que existem diferentes níveis de vida íntima. Daquilo que é público até aquilo que é o segredo mais íntimo de um indivíduo, há um longo caminho que não pode ser dividido simplesmente em duas ou três etapas. Para cada ser humano, cada elemento de informação estará em um determinado nível de privacidade que só é possível verificar concretamente, em cada situação de fato. Existem infinitas possibilidades de combinações fáticas e jurídicas, não seria justo reduzi-las a meras três categorias gerais

¹³⁰ ALONSO, Felix Ruiz. Pessoa, intimidade e o direito à privacidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coordenadores). Direito à privacidade..., p. 17.

¹³¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 27.

¹³² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 360.

¹³³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 360/361.

(público, privado e íntimo). Deverão existir tantos níveis quanto forem as possibilidades fáticas e jurídicas, porque cada ser humano deve ser capaz de desenvolver a própria personalidade e de poder valorar, por si só, o quão íntimo aquele ato ou fato lhe é.

E é essa, em síntese, a razão pela qual neste trabalho os termos intimidade, privacidade, vida privada e privacidade são usados indistintamente. Porque os próprios autores que classificam as diferenças apontam que “aquilo que é privado em determinadas sociedades poderá ser público em outras e aquilo que é hoje é preservado como privado em algum tempo poderá ser de domínio público”¹³⁴, e também que “mesmo entre grupos sociais que convivem em um mesmo país ou cidade poderão ocorrer variações entre o que será considerado privado ou não”¹³⁵.

Se adotarmos uma teoria que divida a personalidade em três categorias, aquilo que o indivíduo vê como íntimo, para o juiz poderá ser visto apenas como privado. Aquilo que o policial vê como público poderá ser, na verdade, parte da vida privada do indivíduo. Não pode haver espaço para esse tipo de subjetivismo. A intimidade e a privacidade, se diferenciadas, têm de ser vistas como diferentes níveis do mesmo direito: o *direito de possuir liberdade de reclusão*.

Entre nós, é possível conviver pacificamente com a escolha entre distinguir ou não a intimidade da privacidade e também de qual maneira, porque a Constituição confere a ambos os direitos a mesma proteção: são invioláveis¹³⁶. Para este trabalho, os conceitos serão intercambiáveis.

Prosseguindo, se admitirmos que o direito à privacidade é um direito fundamental, precisamos falar de seu suporte fático. O que seria protegido por esse direito fundamental à vida privada? Qual seria o seu âmbito de proteção? Adotando uma teoria ampla do suporte fático, tudo aquilo que cada um individualmente considerar como integrante de sua esfera particular, que deva permanecer isolado do âmbito público, deverá fazer parte do âmbito de proteção deste direito, independentemente de em qual nível íntimo esteja. Nesse ponto, é preciso esclarecer algumas posições.

Para definir o âmbito de proteção do direito à privacidade pouco importa se outras pessoas já tiveram conhecimento do que o indivíduo gostaria de ocultar. Por exemplo, se uma

¹³⁴ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade..., p. 23.

¹³⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade..., p. 23.

¹³⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

pessoa tiver fotos íntimas suas roubadas e divulgadas na internet, não há dúvida que seu corpo e estas fotos continuam sendo parte de sua intimidade.

Também não importará se se trata de um ato ou fato que ocorreu em local público. Por exemplo, se alguém estiver muito indisposto em um dia de muito calor, se sentindo muito mal sentado à mesa de um restaurante, e vier a regurgitar sua refeição diante das dezenas de presentes, certamente consideraria este um acontecimento de sua inviolável vida privada.

E também os famosos e as pessoas públicas tem igual expectativa de privacidade. A vida pública não retira do ser humano o direito à manutenção do isolamento e o direito de isolar do conhecimento alheio aquilo que lhe é reservado¹³⁷. Até porque atualmente, com a popularização da internet e das mídias sociais, muitas pessoas são famosas sem que desejem, sofrendo com a ridicularização massificada. Da mesma forma, muitas pessoas que voluntariamente assumem a vida pública têm suas consequências levadas ao extremo, como acontece com os *voyeurs* que perseguem artistas famosos.

Já se disse que “só atos lícitos são suscetíveis do direito à privacidade pessoal”¹³⁸, com o que não se pode concordar. Como vem sendo demonstrado ao longo deste trabalho, até os atos ilícitos fazem parte do âmbito de proteção do direito à privacidade. Tudo dependerá da fundamentação utilizada no caso concreto. Em certas ocasiões, quando do sopesamento entre a privacidade e outro princípio que se pretenda proteger contra atos ilícitos, a privacidade poderá prevalecer.

É o que acontece, por exemplo, quando a Lei nº 9.296/96, em seu art. 2º, III, não admite a implantação de interceptação de comunicações telefônicas para apurar fatos que em tese sejam punidos com penas mais leves que a de reclusão. Para o legislador, se o sopesamento for realizado entre o princípio da privacidade e os princípios que protegem os bens jurídicos cuja lesão é punível com detenção ou com penas alternativas, terá precedência o direito à privacidade. Já se o sopesamento for realizado entre o princípio da privacidade e os princípios que protegem os bens jurídicos cuja lesão é punível com pena de reclusão, prevalecerão os últimos. Neste caso, os atos ilícitos fazem parte da privacidade do indivíduo, desde que sejam puníveis com, no máximo, a pena de detenção.

E não apenas bens incorpóreos, como as memórias e as comunicações, são protegidos. Bens corpóreos também fazem parte do âmbito privado de cada um. Um diário ou

¹³⁷ JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento de privacidade. Pessoa, intimidade e o direito à privacidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coordenadores). Direito à privacidade..., p. 99.

¹³⁸ ALONSO, Felix Ruiz. Pessoa, intimidade e o direito à privacidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coordenadores). Direito à privacidade..., p. 18.

uma carta particular são itens onde quase sempre o conteúdo será revelador a respeito da personalidade e da intimidade dos envolvidos. Objetos podem servir de recordações para muitas pessoas, e muitas outras criam vínculos de profundo afeto com certos objetos. Ninguém duvidará da relação íntima que existe entre um músico e seu instrumento, ou de um pintor com seus quadros.

Também já se afirmou que “a proteção ao sigilo bancário não tem sede na Constituição de 1988 (artigo 5º, X), uma vez que dados financeiros, em princípio, em razão de sua abstração, não revela intimidade de ninguém”¹³⁹. Ora, adotando-se um modelo amplo de suporte fático, essa afirmação deve ser veementemente rechaçada. Com efeito, pouco importa o grau de abstração da informação e sim o desejo do titular da informação de vê-la resguardada, isolada do conhecimento alheio. Algumas informações abstratas podem ser extremamente reveladoras da personalidade de alguém. Um extrato bancário negativo, por exemplo, em que constem dívidas contraídas, obviamente estará sob a guarda da intimidade, já que, por mais abstrata que seja a informação da dívida, o reconhecimento público de que alguém não está em dia com suas obrigações financeiras pode ser fonte de injustificada exposição vexatória e angústia.

Por fim, também não importa o nível de intimidade que o indivíduo pretende proteger, todos eles estão protegidos e são invioláveis. Tanto os segredos mais corriqueiros, com menos relevância para o desenrolar da vida e o desenvolvimento da personalidade, quanto os segredos mais íntimos e constituidores do próprio ser fazem parte do que é protegido.

De modo geral, podemos dizer que o âmbito de proteção do direito à vida privada (e do direito à privacidade, e do direito à intimidade) engloba tudo aquilo, lícito ou ilícito, corpóreo ou incorpóreo, independente de em qual nível de intimidade esteja, que o indivíduo deseja ou ver reservado para si ou escolher as pessoas com quem deseja compartilhar, sem a interferência de terceiros, sejam eles públicos ou particulares

Mas o âmbito de proteção é apenas uma parte do suporte fático dos direitos fundamentais. Como visto, é igualmente parte do suporte fático aquilo contra o que o direito fundamental é protegido, e, da mesma maneira, utiliza-se um conceito aberto de intervenção. Nesse sentido, qualquer ato ou fato que implique em uma interferência no direito à vida privada de um indivíduo deverá ser considerado como uma restrição ao seu direito. Devido ao caráter de inviolabilidade do direito à vida privada, qualquer intervenção no seu âmbito de

¹³⁹ A transcrição é literal, porém não pode ser referenciada, por ter sido proferida por Juiz Federal em autos que, no momento, estão sob sigilo absoluto.

proteção deverá ser constitucionalmente fundamentada, exigindo-se uma forte carga de fundamentação para verificar a constitucionalidade da intervenção.

Haverá interferência na vida privada de um indivíduo e, portanto, uma restrição ao direito fundamental à intimidade, por exemplo, pela interceptação de suas conversas telefônicas ou pela utilização de escutas ambientais, pela violação de seu domicílio, pela gravação e circulação de imagens não autorizadas, pelas buscas e apreensões, pela publicação de reportagens em canais de comunicação, pela utilização não autorizada de material biológico ou genético, pela violação da correspondência, pela busca de informações ou provas para amparar investigações...

Em verdade, ocorrerá interferência na vida íntima de um ser humano sempre que o indivíduo lesado considerar que foi afetado, porque ele é o único que sabe precisar em que nível de sua vida particular estava o objeto da proteção e em qual intensidade ele foi afetado.

Por isso, não importará se a interferência for de baixa ou alta intensidade, ela sempre deverá ser constitucionalmente fundamentada. Também não importará se a quebra da privacidade for justificada na obtenção de fatos verdadeiros, seja para embasar uma investigação pública ou uma notícia de interesse público, a privacidade já restará violada no momento em que um terceiro tem acesso àquilo que se desejava que permanecesse recluso, inviolado.

Pode ocorrer, inclusive, que o acesso a uma informação verdadeira e não injuriosa venha a causar uma restrição injusta à intimidade de um indivíduo. A verificação da veracidade ou da gravidade da intervenção faz pouca diferença, porque a intimidade do indivíduo já estará partida, ocasionando uma conseqüente interferência em sua personalidade.

Esta é uma das características marcantes da privacidade. Uma vez violada é impossível retornar ao *status quo ante*, de modo que ela restará eternamente diminuída. Pouco importarão as razões pelas quais se violou a vida privada, ou o que se obteve com a restrição, jamais será possível para o indivíduo retornar a um status de tranquilidade em saber que sua personalidade está a salvo consigo mesmo, pois que dela haverá um terceiro detentor de uma parcela.

O que foi visto não poderá ser “desvisto” e o que foi conhecido poderá nunca ser completamente esquecido. Essa é uma tranquilidade que o ser humano poderá nunca mais ter: a de saber que sua intimidade está a salvo dentro de si. Alguém cuja privacidade foi alvo de devassa poderá nunca mais retornar a um estado de normalidade.

7 Persecução penal e proteção deficiente – a persecução penal é um direito fundamental?

Resta alcançar uma definição importante para a condução deste trabalho: seria a persecução penal um direito fundamental? É comum que alguns intérpretes do direito, ao se depararem com um conflito de normas em matéria penal realizem o sopesamento entre um direito individual do acusado e alguma espécie de *direito da sociedade de ver o crime ser punido*. Algumas vezes chamarão esse *direito de interesse público*, aqui chamarei de persecução penal. Essa técnica (atécnica) consiste, por exemplo, em sopesar a privacidade e a persecução penal para justificar a interceptação telefônica de um investigado criminalmente. Ou, mais recentemente, sopesar a privacidade do investigado com o interesse público, para justificar a divulgação de escutas telefônicas que deveriam permanecer sob sigilo.

Seguindo o que vem sendo proposto nesta monografia, admitindo-se que a persecução penal é um direito fundamental, deve-se admitir que haverá pelo menos um princípio correspondente a esse direito. E o que seria protegido por esse princípio? Qual seria o direito *prima facie* protegido por um *princípio da persecução penal*? Ou por um *princípio do interesse público*? Não parece que há direito *prima facie* algum, salvo algumas opções completamente abstratas. Por outro lado, também não se vislumbra nenhum direito definitivo que poderia ser protegido por uma regra da persecução penal. Quando muito, poder-se-ia dizer que é imposto definitivamente ao Estado o dever de investigar os crimes e punir os criminosos, mas se poderia objetar dizendo que a norma que impõe esse dever é a regra da obrigatoriedade da persecução penal, e não da persecução penal em si.

Isso porque a persecução penal não é uma norma e sim um fenômeno político. Não se trata de apenas uma norma, mas de um conjunto de regras e princípios, além de elementos extra normativos como o interesse político e social, as pressões impostas pela mídia e por outros grupos organizados (partidos políticos, grupos feministas, pró ou contra o aborto, a liberação das drogas, do porte de armas, etc.). Por essa razão, a persecução penal (ou o interesse público) não devem ser os únicos objetos de um sopesamento.

Quando se pensa em matéria penal, deve-se recordar que as normas penais existem para proteger determinadas ações, estados ou posições jurídicas. Neste sentido, as normas penais são normas que protegem bens jurídicos de real relevância da sociedade. A norma penal que proíbe o furto, por exemplo, é um meio de garantir que o direito fundamental à propriedade não esteja recebendo uma proteção deficiente, o que é inconcebível em nosso

ordenamento jurídico. A persecução penal, nesse contexto, é um meio político para garantir uma proteção eficiente aos bens jurídicos protegidos pelas normas penais.

Admitindo-se isto, percebe-se que nos procedimentos criminais, sempre que for necessário realizar um sopesamento entre os princípios de direitos fundamentais de um investigado ou acusado, ele não deverá ser realizado entre o direito do acusado e o direito à persecução penal. Deve ser realizado um sopesamento entre o princípio que suporta o direito do acusado e o princípio que suporta a norma penal que ele supostamente infringiu. Essa afirmação, numa primeira análise, aparenta causar uma diminuição expressiva nos direitos do acusado, o que não é verdade. Vejamos alguns exemplos.

Imagine-se um sujeito que está sendo investigado pela prática de um homicídio, e que a polícia pretende conduzir uma busca domiciliar em seu apartamento. Um magistrado, ao analisar a legalidade dessa busca, supondo para este exemplo que não houvesse nenhuma regra legal que regulamentasse a matéria, deveria realizar um sopesamento entre a privacidade do suspeito e a vida da vítima. Isso permitirá ao magistrado ponderar sobre as circunstâncias do caso concreto que pudessem justificar a busca. Ele levará em conta não apenas a intensidade das restrições à privacidade e à vida que circundam o caso concreto, como também a importância e a relevância da medida tomada. Em determinadas circunstâncias – caso o que estivesse sendo investigado fosse uma ameaça direta e iminente a vida de alguém e houvesse indícios concretos de que dentro do apartamento houvesse evidências relevantes que pudessem salvar a vida daquela pessoa – o direito à vida teria precedência sobre a intimidade do investigado, em outras, o contrário aconteceria – um homicídio já prescrito dificilmente justificaria a invasão abrupta do domicílio de um investigado.

O próprio legislador, ao realizar seus sopesamentos cujos resultados, de acordo com a lei de colisão, se tornam regras e textos infraconstitucionais, também os realizará nesses moldes. É o que se demonstrou anteriormente quando se disse que atos ilícitos podem fazer parte da vida privada das pessoas. O legislador, ao sopesar o princípio da privacidade com os princípios que suportam os demais direitos fundamentais, formulou uma regra observando uma circunstância: a interceptação telefônica só será possível para investigar crimes com pena de reclusão. Quer dizer que aqueles crimes que protegem direitos fundamentais em que a pena máxima é a de detenção, de acordo com o sopesamento realizado pelo legislador, não justificam a interferência na privacidade da pessoa de modo tão agressivo quanto a interceptação telefônica.

Se os sopesamentos desses dois exemplos fossem realizados sempre entre os direitos do investigado e um direito geral a persecução penal, ou um interesse público,

difícilmente os direitos do investigado resistiriam. Quando esse sopesamento é transferido para os direitos que são protegidos pelas normas penais, é possível se concentrar na fundamentação das restrições, sejam elas nos direitos do investigado ou nos direitos das vítimas.

8 Conclusões

1. Além da distinção quantitativa, há entre os princípios e as regras uma distinção qualitativa.
2. As regras contêm mandamentos definitivos, que serão sempre satisfeitos ou não satisfeitos. Os conflitos entre regras serão solucionados sempre no plano da validade.
 - 2.1. Quando uma regra for totalmente incompatível com outra, será necessário excluir uma das duas do sistema. Se a incompatibilidade for apenas parcial, será possível que uma das regras seja uma cláusula de exceção à outra.
3. Princípios são mandamentos de otimização, que exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso concreto. A colisão entre princípios será solucionada através de um sopesamento, nos termos da lei de colisão.
 - 3.1. Princípios garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*.
 - 3.2. A *lei de colisão* estabelece que o resultado do sopesamento realizado entre dois princípios será expressado através de uma regra.
 - 3.3. O sopesamento não é atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal, sendo realizado também pelos demais Tribunais e juízes, além do próprio legislador.
4. Os direitos fundamentais possuem caráter principiológico; para cada direito fundamental haverá pelo menos um princípio correspondente.
5. A função de defesa dos direitos fundamentais impõe ao Estado o dever de não interferir no espaço de autodeterminação de cada indivíduo.
6. O *suporte fático* dos direitos fundamentais engloba tanto aquilo que é protegido por cada direito fundamental, como também contra o quê há essa proteção, além da consequência jurídica prevista nos casos de violação da proteção.
 - 6.1. O que é protegido pelos direitos fundamentais é chamado de *âmbito de proteção*.
 - 6.2. Em se tratando dos “direitos de defesa”, usualmente a consequência jurídica será a cessação de uma interferência estatal indevida.

- 6.3. Para o acionamento da consequência jurídica contida em um direito fundamental, é preciso que não haja fundamentação constitucional para a intervenção operada.
7. Adotar uma *teoria restrita do suporte fático* implica na necessidade de definir, de antemão, o âmbito de proteção de cada direito fundamental.
- 7.1. Ao se fazer essa definição prévia, é preciso aceitar que certas formas de exercício de um direito fundamental jamais estarão protegidas.
8. Ao contrário, uma *teoria ampla do suporte fático* pressupõe que tudo que for minimamente relacionado àquele direito fundamental estará por ele protegido, deslocando o esforço argumentativo para a constitucionalidade da intervenção.
- 8.1. Intervenções constitucionalmente fundamentadas não configuram violação ao direito fundamental.
9. Tratando das restrições, a *teoria interna* se coaduna com a *teoria restrita do suporte fático*, pois tende a definir previamente o conteúdo de cada direito fundamental. Aqui, pode-se substituir o conceito de restrição pelo conceito de *limite*.
10. Uma *teoria externa* enxerga as restrições como um fato externo a cada direito fundamental, não interferindo no conteúdo de cada direito, mas em seu exercício.
- 10.1. Normalmente as restrições a direitos fundamentais serão apresentadas na forma de regras.
- 10.2. Adotando-se uma teoria externa, é preciso concordar que não haverá diferença entre uma restrição e uma regulamentação. A constitucionalidade de uma restrição não depende de sua intensidade e sim de sua fundamentação.
11. O que comumente é chamado de *princípio da proporcionalidade* chamei de *regra da proporcionalidade*.
- 11.1. Sempre que utilizada a regra da proporcionalidade é preciso fundamentar a superação de cada um dos três testes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).
- 11.2. A regra da proporcionalidade deverá ser usada quando uma medida estatal restringir um direito fundamental.
12. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode ser *absoluto* ou *relativo*, a depender da teoria adotada.
- 12.1. A *teoria absoluta* afirma que cada direito fundamental possuirá um conteúdo essencial previamente definido, visualizado como um núcleo intransponível de cada direito.

- 12.2. Para a *teoria relativa* de Alexy, o conteúdo essencial de cada direito fundamental corresponderá ao que restar após a aplicação, no caso concreto, da regra da proporcionalidade. Ou seja, o conteúdo essencial será dinâmico, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas presentes.
13. Direitos à intimidade, à privacidade, à privacidade e à vida privada, para mim, são níveis diferentes do mesmo direito: *o direito de liberdade de reclusão*.
- 13.1. Este direito é essencial ao desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, para que este possa conviver com outros indivíduos da sociedade e, sobretudo, consigo mesmo.
- 13.2. O direito à privacidade é um fruto do direito à liberdade, estando ambos intimamente ligados nos ordenamentos jurídicos. Quanto mais liberdade os cidadãos desfrutarem, mais privacidade eles terão.
- 13.3. O direito à privacidade não implica em solidão. Ele implica na escolha, pelo indivíduo, daquelas pessoas com quem se deseja compartilhar qualquer elemento de sua vida.
- 13.4. Há diversos níveis de privacidade, que são estabelecidos subjetivamente por cada indivíduo, sendo necessária uma análise individualizada em cada caso concreto para verificar a intensidade da invasão na privacidade da pessoa.
- 13.5. Adotando-se um modelo amplo de suporte fático, a teoria externa das restrições e o modelo relativo de conteúdo essencial, percebemos que o direito fundamental à intimidade protege muito mais do que usualmente a ele se atribui.
14. Não existe um direito fundamental à persecução penal, o que leva a concluir que não existe um princípio da persecução penal.
- 14.1. Em matéria penal, sempre que for necessário realizar um sopesamento, ele deverá ser realizado entre os princípios que suportam o direito do acusado (investigado) e os princípios que suportam a norma de direito penal que ele é suspeito de transgredir.
15. A teoria dos princípios não é imune a críticas, porém, com as críticas já produzidas até o momento, ela se mostra plenamente capaz de oferecer um modelo sólido para interpretação e aplicação do direito, oferecendo um elevado grau de proteção aos direitos fundamentais.

CAPÍTULO 2 A BUSCA PESSOAL

1 Introdução

A busca pessoal encontra-se no Código de Processo Penal brasileiro em seu Capítulo XI – Da busca e apreensão. Este capítulo, que se inicia no artigo 240, com término no artigo 250, trata conjuntamente da busca pessoal e da domiciliar, além da apreensão. Para o propósito deste trabalho, os artigos mais relevantes serão o 240, *caput* e §§ 1º e 2º e 244, ora transcritos:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Da leitura destes dois artigos, podemos de plano identificar algumas normas. Primeiramente, há uma regra, contida no *caput* do artigo 240, que determina que no Brasil existem duas espécies de busca: a pessoal e a domiciliar. Veremos adiante que apenas estas duas espécies são insuficientes para ordenar todas as possibilidades de busca, contudo, por ausência de previsão legal, estas são, por ora, as duas únicas espécies existentes.

Outra regra, contida nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo 240, estabelece que a busca pessoal será realizada quando houver fundada suspeita de que a pessoa sobre a qual recai a busca detenha a posse de arma proibida, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos,

instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, objetos necessários a prova de infração ou à defesa do réu, cartas destinadas ao acusado ou em seu poder, quando seu conteúdo possa ser útil à persecução penal, ou ainda de qualquer outro elemento de convicção.

Mas há uma regra trazida pelo artigo 244 que altera os parâmetros: a obrigatoriedade de se obter um mandado judicial para a realização da busca.

Analisando o artigo 244, percebe-se que este contém duas regras: a primeira que determina que a busca pessoal dependerá de mandado, ao passo que a segunda regra (uma cláusula de exceção à primeira) estabelece as três únicas hipóteses em que o mandado de busca é dispensável: (I) no caso de prisão, (II) quando houver fundada suspeita de que a pessoa revistada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda (III) quando a busca pessoal for realizada no curso de busca domiciliar.

Assim, o legislador, ao editar o Código de Processo Penal, levou em consideração o arcabouço de princípios à sua época em vigor para criar a regra que determina a obrigatoriedade da obtenção de mandado para execução da busca pessoal e a cláusula de exceção (regra) que autoriza a busca sem mandado em certas hipóteses.

Esta posição, a primeira vista, parece reduzir a nada o direito fundamental a privacidade. Contudo, como já se afirmou, haverá situações em que, muito embora nada reste de um direito fundamental, a medida estatal levada a cabo é proporcional e constitucional.

Por outro lado, o referido artigo 244, ao instituir a cláusula de exceção que permite a busca pessoal independentemente de mandado somente a autoriza nos casos de prisão, em decorrência da busca domiciliar, ou ainda, “quando houver *fundada suspeita* de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”.

Ocorre que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro qualquer regra que defina o que é *fundada suspeita*, o que poderá acarretar na incidência, nos casos concretos, dos princípios, com seu modelo próprio de aplicação.

Esta aplicação dos princípios, contudo, não pode ser realizada pela autoridade policial, mas tão somente pela autoridade judiciária, em um controle *a posteriori* da legalidade da abordagem e da busca conduzidas pela polícia na ausência de um mandado de busca.

Antes de se aprofundar no estudo destes e outros problemas envolvendo a busca pessoal, é preciso antes contextualizá-la e realizar alguns esclarecimentos metodológicos.

2 Sistema penal

A busca pessoal é um instrumento do sistema penal. O sistema penal é definido por Fragoso como:

“uma estrutura de controle social que se exercita (ou que pretende exercitar-se) através da pena, ou sob o pretexto da pena. O sistema penal é o controle social punitivo institucionalizado, que se materializa no conjunto de agências e suas atividades – tanto internas quanto externas – que intervêm na criação e na aplicação de normas penais”¹⁴⁰.

Isso quer dizer que neste sistema não estão inseridos apenas os órgãos públicos diretamente relacionados com a persecução penal, tais como a polícia e os tribunais. As chamadas agências do sistema penal, para Nilo Batista e Raul Zaffaroni, dividem-se entre as políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação social, de reprodução ideológica e as internacionais¹⁴¹.

Estas agências, contudo, não operam harmonicamente entre si, havendo enormes competições internas e externas na busca pelo poder. Nesta disputa por poder, cada agência busca defender seus interesses setoriais e corporativos, o que faz com que o sistema funcione em um *equilíbrio precário e inconstante*¹⁴².

O sistema penal, como estrutura de controle social, opera através dos processos de criminalização primária e secundária¹⁴³. “A criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas.”¹⁴⁴ É um programa instituído pelas agências políticas que deverá ser cumprido pelas demais agências¹⁴⁵.

¹⁴⁰ FRAGOSO, Christiano Falk. Autoritarismo e sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 7/8.

¹⁴¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA Alejandro e SLOKAR Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. 1. reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 60/61.

¹⁴² ZAFFARONI, E. Raúl. et. al. Direito Penal Brasileiro..., p. 49.

¹⁴³ FRAGOSO, Christiano Falk. Autoritarismo e sistema penal..., p. 14.

¹⁴⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. et. al. Direito Penal Brasileiro..., p. 43.

¹⁴⁵ FRAGOSO, Christiano Falk. Autoritarismo e sistema penal..., p. 14.

Já a criminalização secundária “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”¹⁴⁶, levada a cabo pelas agências policiais e eventualmente pelas demais agências (como as penitenciárias no caso de aplicação de uma pena privativa de liberdade).

O programa de criminalização primária é tão imenso que é impossível para as demais agências, especialmente as agências policiais, cumpri-lo integralmente, especialmente tendo em vista o problema de escassez de recursos que a maioria destas agências enfrenta, o que faz com que estas passem a operar *seletivamente*¹⁴⁷.

As agências da criminalização secundária, então, “estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas”¹⁴⁸, o que quer dizer que estas agências, por não conseguirem cumprir integralmente o programa de criminalização primária, selecionam aqueles crimes e criminosos que pretendem perseguir, bem como aquelas vítimas que pretendem proteger. Apesar de exercerem um papel preponderante na seletividade da criminalização secundária, as agências policiais não o exercem com exclusividade, sendo influenciadas também pelas demais agências, inclusive as políticas¹⁴⁹.

Há inúmeros exemplos de como a seletividade das agências de criminalização secundária opera diariamente. No Rio de Janeiro, atualmente, há notícias do financiamento privado das forças policiais do Estado¹⁵⁰. A Federação do Comércio do Estado do Rio de Janeiro (Fecomércio-RJ) firmou um convênio com o governo do Estado que prevê o repasse para os cofres públicos de 44 milhões de reais em dois anos. Este valor é destinado ao financiamento de segurança ostensiva em três locais da cidade: a Lagoa Rodrigo de Freitas, o Aterro do Flamengo e o Méier¹⁵¹. Atualmente este programa já se expandiu para a região do Centro e também para outras áreas da cidade.

Ao permitir que a iniciativa privada escolha os locais em que a polícia deverá reforçar o patrulhamento ostensivo, seleciona-se determinadas vítimas (as que moram ou circulam por aquelas regiões) para uma maior proteção e abre-se espaço para um

¹⁴⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. et. al. Direito Penal Brasileiro..., p. 43.

¹⁴⁷ FRAGOSO, Christiano Falk. Autoritarismo e sistema penal..., p. 16.

¹⁴⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. et. al. Direito Penal Brasileiro..., p. 44.

¹⁴⁹ ZAFFARONI, E. Raúl. et. al. Direito Penal Brasileiro..., p. 45.

¹⁵⁰ “Operação policial financiada por empresários cariocas mira moradores de rua”, disponível em <http://apublica.org/2016/02/operacao-policial-financiada-por-empresarios-cariocas-mira-moradores-de-rua/> acesso em 17 de abril de 2016.

¹⁵¹ Tanto a Fecomercio-RJ quanto o governo do Estado também deram publicidade ao convênio: “Operação segurança presente” <http://www.fecomercio-rj.org.br/publicue/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=13854&sid=96> acesso em 17 de abril de 2016 e “Aterro, Lagoa e Méier terão policiamento reforçado a partir de amanhã” <http://www.pmerj.rj.gov.br/aterro-lagoa-e-meier-terao-policiamento-reforcado-a-partir-de-amanha/> acesso em 17 de abril de 2016.

questionamento: se a iniciativa privada, em razão de seus investimentos, pode escolher os locais da cidade que serão mais bem policiados, poderão eles também selecionar quais os criminosos serão perseguidos com mais ênfase?

A criminalização secundária tem como regra geral a criminalização de fatos grosseiros, praticados por pessoas que se sabe que não causarão maiores problemas¹⁵². Noutras palavras, a preferência das agências que aqui operam é a de incriminar pessoas que não afetarão as suas pautas corporativas e políticas, para que as agências possam continuar sua busca pela preponderância no instável equilíbrio do sistema penal. Essas pessoas, via de regra negras e das camadas mais pobres e socialmente menos favorecidas da sociedade acabam se tornando, graças a alta seletividade primária e secundária, os denominados *clientes preferenciais* de nosso sistema penal.

É importante notar que em muitos lugares do país a polícia e a população estão em verdadeira situação de guerra. No Rio de Janeiro, por exemplo, segundo os números do Instituto de Segurança Pública, a polícia mata em média 70 pessoas por mês¹⁵³. Até a conclusão deste trabalho, a polícia fluminense já havia matado, oficialmente¹⁵⁴, 635 pessoas no ano de 2016, apenas de janeiro a setembro¹⁵⁵.

Outros dados recentes indicam que as polícias no Brasil matam em torno de nove pessoas a cada dia, e a população, por sua vez, responde com o assassinato de mais de um policial diariamente¹⁵⁶.

São números de guerra. A população e a polícia estão em pleno conflito e a busca pessoal é um dos instrumentos de que a polícia dispõe como arma nessa batalha.

Sendo assim, é importante ter em mente, a todo momento quando da leitura deste trabalho, que a busca pessoal quase nunca será realizada pelos agentes policiais de maneira legal e hígida. Em verdade, na maioria das vezes ela será executada em desfavor destes clientes preferenciais do sistema penal, e será realizada de maneira truculenta e humilhante, como um instrumento de poder em uma guerra incessante entre uma população desassistida e uma polícia que tenta resolver os problemas sociais exclusivamente por meio da violência.

¹⁵² ZAFFARONI, E. Raúl. et. al. Direito Penal Brasileiro..., p. 46.

¹⁵³ Disponível em <http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=108> acesso em 07 de novembro de 2016.

¹⁵⁴ Diz-se oficialmente porque apenas as mortes registradas como “homicídio decorrente de intervenção policial” são contabilizadas para estas estatísticas, sendo inquestionável que a polícia brasileira mata muito mais pessoas do que é oficialmente catalogado.

¹⁵⁵ As estatísticas também são do Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro e podem ser encontradas na mesma fonte acima citada.

¹⁵⁶ <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/10/1827079-nove-pessoas-sao-mortas-por-policiais-a-cada-dia-no-pais.shtml> acesso em 30 de outubro de 2016.

O controle judicial, e eventuais punições a policiais que extrapolem os limites de uma busca legal, somente atingirão aqueles policiais que se importam com as consequências legais de seus atos. Pois é difícil imaginar que em uma cidade em que a polícia mata mais de setenta pessoas por mês algum policial se sentirá ameaçado por eventual sanção decorrente da realização de uma busca truculenta e desrespeitosa.

É neste contexto que a busca pessoal se apresenta no Brasil, como parte deste sistema penal altamente seletivo, que pinça a dedo aqueles criminosos que pretende perseguir e aquelas vítimas que pretende proteger, tratando os seus clientes preferenciais com truculência e humilhação, certos de que seus atos não serão criminalizados.

3 A jurisprudência norte americana

Para auxiliar na elaboração deste trabalho, serão apresentados alguns precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos (Supreme Court Of The United States ou SCOTUS), que são de especial relevância para o estudo do tema neste país, como forma de auxiliar na construção de uma doutrina da busca pessoal no processo penal brasileiro.

É preciso ter cuidado, contudo. Não se busca aqui realizar uma mera tradução das decisões da Suprema Corte Norte Americana, sem qualquer contextualização. Os precedentes americanos serão de grande valia para este estudo, mas é preciso compreender que os seus parâmetros são completamente diferentes dos brasileiros.

No Brasil, a proteção constitucional que impede buscas abusivas pode ser compreendida como um desdobramento dos direitos à privacidade e à liberdade. Já nos Estados Unidos, há uma cláusula constitucional específica que confere aos cidadãos o direito de não sofrer buscas e apreensões não razoáveis, a Quarta Emenda à Constituição, que os protege contra as *unreasonable searches and seizures*, cujo texto integral é:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Em tradução livre: O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, documentos e posses, contra buscas e apreensões não razoáveis, não será violado, e nenhum mandado será expedido, senão sob causa provável, sustentada por juramento ou declaração, e particularmente descrevendo o lugar a ser buscado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Esta particularidade altera por completo a disciplina da busca, especialmente em decorrência da força histórica e social que esta emenda à constituição possui.

Em um brevíssimo histórico, a Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América foi introduzida com o *Bill of Rights* como uma resposta aos abusos cometidos pela metrópole inglesa, em especial frente às buscas abusivas com o intuito de coletar tributos. Sua história teve início com o movimento legislativo das colônias para acabar com a utilização dos mandados gerais (os *writs of assistance*), que permitiam aos ingleses vasculhar livremente as casas e pertences daqueles que suspeitavam que estivessem sonogando tributos.

O curioso é que, muito embora estivessem tentando se desvencilhar dos domínios da metrópole, os colonos da América do Norte se inspiraram fortemente na experiência judicial inglesa para regulamentar as buscas e apreensões, em especial nos casos de *Semayne*, famoso por ser a origem da expressão “the house of every one is to him as his castle and fortress”¹⁵⁸, e de *Entick v. Carrington*, um dos pilares da Quarta Emenda.

Com a evolução da resistência norte americana em face dos abusos ingleses, que culminou com a Revolução Americana, as legislaturas de diferentes colônias passaram a aprovar leis que proibiam a utilização de mandados genéricos. Entre 1776 e 1784, oito Estados já haviam incluído em suas Constituições provisões neste sentido.

A preocupação com a limitação do poder da antiga metrópole cresceu entre os novos Estados e, em meio às disputas entre federalistas e anti-federalistas, o *Bill of Rights* foi ratificado para incluir na Constituição Americana, entre outras provisões, o direito dos cidadãos de estarem seguros em suas pessoas, lares, documentos e propriedades, contra buscas e apreensão não razoáveis.

Com a ratificação da Quarta Emenda, os fundadores pretendiam proteger os colonos das arbitrárias buscas realizadas pelas autoridades inglesas com o intuito de coletar tributos. Por esta razão inicialmente a Suprema Corte Americana entendia que a emenda serviria principalmente como uma proteção à propriedade dos cidadãos¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Em tradução livre: A casa de cada um é para si como o seu castelo e fortaleza.

¹⁵⁹ Veja-se, por exemplo, *Boyd v. United States* (1886), em que se disse que “It is not the breaking of his doors and the rummaging of his drawers that constitutes the essence of the offense; but it is the invasion of his indefeasible right of personal security, personal liberty, and private property, where that right has never been forfeited by his conviction of some public offense, it is the invasion of this sacred right which underlies and constitutes the essence of Lord Camden's judgment.” Em tradução livre: Não é a quebra de suas portas ou a vistoria em suas gavetas que constitui a essência da ofensa; mas é a invasão de seu imprescritível direito de segurança pessoal, liberdade pessoal e propriedade privada, onde este direito nunca foi comprometido pela convicção de alguma ofensa pública, é a invasão de seu direito sagrado que fundamenta e constitui a essência do julgamento de Lord Camden. O julgamento do Lord Camden referenciado é justamente *Entick v. Carrington*.

Esta posição foi gradualmente abandonada, em razão da evolução do *right of privacy* no direito americano. O desenvolvimento no país de uma doutrina do direito à privacidade fez com que a corte passasse a visualizar este como o principal direito protegido pela Quarta Emenda.

Por exemplo, em *Warden v. Hayden* (1967)¹⁶⁰, que revogou parcialmente *Boyd v. United States*, citado na nota de rodapé anterior, a SCOTUS afirmou que “we have recognized that the principal object of the Fourth Amendment is the protection of privacy rather than property, and have increasingly discarded fictional and procedural barriers rested on property concepts”¹⁶¹.

Como se vê, a ideia originária evoluiu durante séculos de *case law*, ganhando novos contornos que vão se delineando até os dias de hoje. A cada novo problema que surge envolvendo a Quarta Emenda, os tribunais americanos, em especial a Suprema Corte, são obrigados a desvendar um pouco mais de seu significado.

Recentemente, por exemplo, em *Riley v. California* (2014), a Suprema Corte decidiu que é inconstitucional a busca sem mandado de dados digitais contidos em telefones celulares¹⁶².

A evolução da emenda é fruto do processo histórico e cultural de formação daquele país. Ao olharmos para os precedentes que serão adiante levantados, precisamos lembrar que eles são oriundos de um sistema judiciário e cultural próprio, que não pode ser simplesmente traduzido para o português. Devemos aprender a olhar para a experiência americana como uma exceção, e não uma regra.

Nem sempre uma busca que nos Estados Unidos será ilegal por violar a Quarta Emenda será ilegal também no Brasil e vice versa. Isso não quer dizer que não temos nada a aprender com as decisões estadunidenses. Há muitos ensinamentos que podem ser extraídos das decisões daquela Suprema Corte, porém é necessária cautela para não atropelar os elementos próprios de cada país.

¹⁶⁰ Todos os nomes dos precedentes norte-americanos citados serão apresentados desta maneira, em itálico e com o ano de julgamento entre parênteses. Em referências sucessivas, será utilizado apenas o nome de uma das partes, em itálico. Todas as citações diretas de precedentes da Suprema Corte Norte Americana foram retiradas do inteiro teor de suas respectivas *opinions*, que podem ser consultadas em: <http://supreme.justia.com> acesso em 09 de novembro de 2016.

¹⁶¹ Em tradução livre: Nós reconhecemos que o principal objeto da Quarta Emenda é a proteção da privacidade e não da propriedade, e cada vez mais temos rejeitado barreiras fictícias e procedimentais fundadas em conceitos de propriedade.

¹⁶² Entre nós, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 51.531, o Superior Tribunal de Justiça chegou a uma conclusão semelhante.

4 A busca pessoal

4.1 Definição

A palavra busca, ensina Cleunice Pitombo, tem um significado comum tanto no aspecto etimológico quanto no jurídico. Ela expressa, em ambos os casos, “o ato de procurar, varejar, rastrear, tentar descobrir. No sentido jurídico, porém, se tem como finalidade o encontro de vestígios, coisas ou pessoas, relacionadas com um fato investigado”¹⁶³.

Afirma ainda a autora que:

“A busca, portanto, é ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na *revista* ou no *varejamento*, conforme a hipótese: de *pessoa* (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), *semoventes*, *coisas* (objetos, papéis e documentos), bem como de *vestígios* (rastros, sinais e pistas) da infração.”¹⁶⁴

A busca pessoal, define Tourinho Filho, é aquela “levada a efeito na própria pessoa”¹⁶⁵. Tal definição poderia nos levar a crer que esta busca se restringiria à parte externa do corpo da pessoa e às suas roupas. Contudo, o mesmo autor prossegue para afirmar que:

“A busca pessoal é feita não somente nas vestes ou nos objetos que a pessoa traga consigo (valises, pastas, etc.), como, também, diretamente no corpo, quer por meio de investigações oculares ou manuais, quer por meios mecânicos, radioscópicos (Rosenmayer), sabido como é que os ladrões e, particularmente, as ladras preferem esconder pequenos objetos, pedras preciosas e outros que tais em qualquer esconso natural.”¹⁶⁶

Como já afirmado, as duas categorias de busca existentes no direito brasileiro (a pessoal e a domiciliar) são insuficientes para regulamentar as diferentes possibilidades de busca. Não me parece que se possa considerar como busca pessoal as buscas realizadas em

¹⁶³ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da busca e da apreensão no processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 107.

¹⁶⁴ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da busca..., p. 109. Itálicos do original.

¹⁶⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 399.

¹⁶⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal..., p. 399.

automóveis ou em itens que não devem acompanhar a pessoa aonde quer que ela vá¹⁶⁷. Também não parece que possam ser consideradas como buscas pessoais as buscas por vestígios de crime realizadas em local público.

Contudo, quer se goste, quer não, fato é que atualmente devemos trabalhar no Brasil com as duas categorias de busca existentes. Como o conceito de busca domiciliar é mais fechado, expande-se o conceito de busca pessoal para admitir que nele se incluam automóveis, malas e outros objetos que não são propriamente parte da pessoa.

Desta forma, podemos entender como busca pessoal aquela realizada na própria pessoa, em seu corpo, suas vestes e em quaisquer outros objetos ou coisas que estejam em sua posse no momento da diligência.

4.2 Natureza jurídica

Para compreender a natureza jurídica da busca pessoal é conveniente, antes, separar a busca da apreensão.

Muito embora a legislação e a prática jurídica diária tratem a busca e a apreensão em conjunto, o que acarreta numa inevitável confusão conceitual entre os dois, alguns autores reconhecem que se tratam, na verdade, de dois institutos distintos.

Para distingui-los, Cleunice Pitombo parte da verificação de sua finalidade, diferenciando, antes, os conceitos de finalidade e fim. Para a autora, a finalidade da diligência relaciona-se com o seu objetivo, ao passo que o fim consiste no seu resultado, de modo que, no caso da busca, o seu fim e a sua finalidade são distintos¹⁶⁸.

É certo ainda afirmar que poderá haver uma busca sem apreensão, bastando para tanto que o fim da busca seja negativo, ou seja, que não seja encontrado o que se procura. Poderá também haver apreensão sem busca, quando os objetos são entregues diretamente à autoridade.

Badaró expande esta ideia, esclarecendo que podem ocorrer casos em que o fim da busca seja positivo, encontrando-se o que se procurava, e ainda assim não ocorrerá uma apreensão. Exemplifica o autor com os casos de buscas de criminosos, quando haverá a sua

¹⁶⁷ As roupas e vestes são exemplos de objetos que acompanham sempre a pessoa, o que justificaria a sua inclusão na categoria de busca pessoal. Já objetos como malas, mochilas e bolsas são facilmente separados de seus possuidores o que, a meu ver, deveria as excluir da categoria de busca pessoal.

¹⁶⁸ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da busca..., p. 118. Neste contexto, explica Cleunice, “o fim da busca pode mostrar-se positivo – encontro –, ou se apresentar negativo – desencontro”.

prisão, e não a sua apreensão, enquanto a vítima encontrada na busca será colocada sob custódia, e não será apreendida¹⁶⁹.

Cleunice Pitombo assim define a finalidade da busca:

“A finalidade da busca, no processo penal brasileiro, é, de modo geral, achar o desejado, ou o descobrimento do pretendido, de pessoa, coisa móvel – objeto, papel ou documento -, semovente, e de outros elementos materiais. Todos ligados, de alguma sorte, à persecução penal, em seus momentos: extrajudicial e judicial.”¹⁷⁰

Badaró, sucintamente, distingue a finalidade da busca da finalidade da apreensão:

“A busca consiste em ato de procura de pessoa ou coisa. Já a apreensão é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos.”¹⁷¹

Vê-se, pois, que a finalidade da busca é simplesmente a de encontrar os objetos que se pretende apreender ou acautelar. A busca, neste contexto, serve como um instrumento para que se possa apreender, acautelando-se, assim, os elementos e fontes de prova.

José Frederico Marques afirmava que “a busca e apreensão constituem providências cautelares para garantir a produção de provas referentes aos vestígios do crime”¹⁷².

Mougenot, embora trace uma distinção entre os dois institutos, atribui a ambos a mesma natureza:

“Busca é o ato destinado a procurar e encontrar pessoa ou coisa; apreensão é ato pelo qual há apossamento e guarda da coisa ou de pessoa.

Embora o Código as considere como meios de prova, a natureza da busca e da apreensão é de providência acautelatória, ou mesmo de medida de obtenção de elementos probatórios.”¹⁷³

¹⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 491.

¹⁷⁰ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da busca..., p. 118.

¹⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal..., p. 492.

¹⁷² MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal, volume II. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1997, p. 291.

¹⁷³ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 368. Itálicos do original.

Já para Nucci a busca e a apreensão “são medidas de natureza mista [...] tanto a busca, quanto a apreensão, podem ser vistas, individualmente, como meios assecuratórios ou como meios de prova, ou ambos”¹⁷⁴.

Contudo, a vista do que já foi dito, é preciso dar atenção à Cleunice Pitombo, quando afirma que:

“podemos afirmar que a busca, no processo penal brasileiro, não constitui *prova*, nem *meio para a sua obtenção* (a busca, por exemplo, para a prisão, custódia e para a intimação); consiste, na verdade, em *medida instrumental*, com restrição a certos direitos fundamentais, no escopo de achar, encontrar pessoas, semoventes, coisas ou vestígios, que, de modo direto ou indireto, se relacionem com fato, pretensamente, ilícito e típico, investigado ou perquirido. A apreensão, por seu turno, pode consistir em meio cautelar de obtenção de provas, quando visa a assegurar elementos indispensáveis à comprovação da verdade criminal perquirida. A busca, contudo, não se dirige, tão só, para ela.”¹⁷⁵

Parece correta a posição de Cleunice. É preciso reconhecer que a finalidade principal da busca é a de encontrar itens, ocultos ou não, restando o caráter de acautelar os itens encontrados para a apreensão.

Neste sentido, Aury Lopes Jr. define a busca e a sua natureza como sendo “uma medida instrumental – meio de obtenção de prova – que visa encontrar pessoas ou coisas”¹⁷⁶.

É preciso aquiescer parcialmente com a crítica formulada por Aury Lopes Jr., quando afirma que categorizar a natureza jurídica de institutos complexos, como a busca e a apreensão, em classificações fechadas é atividade reducionista, pois a real natureza dos institutos somente será verificável no caso concreto¹⁷⁷.

No que diz respeito exclusivamente à busca pessoal, a própria previsão legal dos artigos 240 e 244 do Código de Processo Penal¹⁷⁸, permite inferir que esta será quase sempre

¹⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Sousa. Código de processo penal comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 572.

¹⁷⁵ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da busca..., p. 116. Itálicos do original.

¹⁷⁶ LOPES JR. Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 721.

¹⁷⁷ LOPES JR. Aury. Direito processual penal..., p. 737.

¹⁷⁸ Diz o §2º do artigo 240: “Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo **arma proibida** ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.” E dizem as referidas letras: “b) **apreender** coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) **apreender** instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) **apreender** armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) **descobrir** objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) **apreender** cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; h) **colher** qualquer elemento de convicção.” Já o artigo 244 admite a busca pessoal “no caso de **prisão** ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de **arma proibida** ou de objetos

destinada à apreensão de elementos vinculados à persecução penal e ao processo penal, em maior ou menor grau, como o produto do crime, indícios, fontes ou meios de prova.

Noutra situações, ela será utilizada para descobrir objetos que, embora sejam indiretamente utilizados como prova no processo, não serão apreendidos, como o produto do furto, que será devolvido à vítima.

Somadas todas estas posições, parece razoável concluir que a busca pessoal é um instituto complexo, cuja natureza jurídica poderá ser de medida instrumental, de meio de obtenção de prova ou ainda de medida cautelar.

4.3 Direitos fundamentais

4.3.1 Direitos fundamentais envolvidos na busca pessoal

Cleunice Pitombo, que trata não apenas da busca pessoal, mas das buscas e apreensões em caráter geral, afirma que nossa Constituição “foi além da proteção da casa. Tutela, nos direitos e garantias fundamentais, também a intimidade, a vida privada e a integridade física e moral do indivíduo”, apontando estas como as garantias constitucionais do indivíduo que são afetadas nas buscas e nas apreensões¹⁷⁹.

Adverte ainda a autora que “há, na doutrina, a preocupação, especialmente, em estabelecer a amplitude da tutela da inviolabilidade do domicílio. Poucos são os estudos sobre a proteção da integridade física e moral do indivíduo. Quase nada há sobre a nova tutela da intimidade”¹⁸⁰.

Contudo, por mais que seja possível elencar diferentes direitos fundamentais que são afetados por uma busca pessoal, não há como deixar de assumir que o direito mais afetado será, via de regra, o da privacidade.

Por mais que os direitos à integridade física e moral sejam obviamente relacionados com as revistas, estes, como se verá, se adequam melhor às hipóteses de intervenção corporal.

ou papéis que constituam **corpo de delito**, ou quando a medida for determinada no curso de **busca domiciliar**.” (grifou-se)

¹⁷⁹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da busca..., p. 64.

¹⁸⁰ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da busca..., p. 65.

Cleunice Pitombo aponta que a busca pessoal, para atingir a sua finalidade, deve respeitar a pessoa humana, escorando-se nos mandamentos constitucionais de que ninguém será submetido a tortura, ou tratamento desumano ou degradante¹⁸¹.

Ocorre que isso é verdade para toda e qualquer interferência na vida particular, seja por meio da busca, da apreensão, ou de qualquer outro meio de coerção. A integridade física e moral, bem como a dignidade, devem ser sempre respeitadas, mormente quando se trata de persecução penal.

Já a privacidade, como exposto no primeiro capítulo, tem propósitos mais específicos, voltados para a possibilidade de reclusão do indivíduo, que tem a prerrogativa de escolher quem poderá entrar nas suas esferas particulares.

Uma busca pessoal, que se opera no próprio corpo da pessoa, bem como nos objetos que ela porta, certamente atingirá a sua vida privada, enquanto, se for realizada com o devido cuidado, não necessariamente perturbará a sua integridade física e moral.

Um policial que seja respeitoso ao revistar tão somente a mochila de um cidadão, poderá não causar qualquer reflexo na integridade física e moral da pessoa. O mesmo não se pode dizer da violação a privacidade. Por mais respeitosa e correta que seja a realização da busca, a sua efetivação sempre importará na redução da intimidade de alguém.

No mesmo sentido, embora por caminhos diferentes, é o entendimento consolidado pela Suprema Corte Norte Americana.

Como se afirmou, naquele país inicialmente se vinculou a proteção da Quarta Emenda ao direito à propriedade. Isto foi um reflexo do direito inglês da época, quando somente se admitia a apreensão de bens cuja propriedade não fosse de seu possuidor, que deles obteve a posse através de uma conduta ilícita como o roubo¹⁸².

Desta forma, durante muitos anos, o sistema judicial norte americano vedava a apreensão de elementos meramente probatórios (*merely evidentiary materials*), que não fossem diretamente relacionados com o crime, o que se fundamentava na impossibilidade de retirar de um suspeito ou investigado a sua propriedade, posteriormente utilizando-a para incrimina-lo.

¹⁸¹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da busca..., p. 84.

¹⁸² Em *Warden v. Hayden* (1967) o Justice Douglas afirmava: "As stated by Lord Camden in *Entick v. Carrington*, even warrants authorizing seizure of stolen goods were looked upon with disfavor but crept into the law by imperceptible practice." Citações internas omitidas. Em tradução livre: Como afirmado por Lord Camden em *Entick v. Carrington*, até mandados autorizando a apreensão de bens roubados eram vistos com desprestígio, mas mantidos na lei por costume imperceptível.

Contudo, em *Warden v. Hayden* (1967) a Corte passou a admitir a apreensão dos elementos meramente probatórios, afirmando que “the Fourth Amendment’s principal object is the protection of privacy, not property”¹⁸³.

Explicitando que a mudança no paradigma se deu devido ao entendimento de que a Quarta Emenda protege, entre outros direitos, a intimidade das pessoas, e não a sua propriedade, o Justice Brennan, que redigiu a opinião da Corte, afirmou:

“Privacy is disturbed no more by a search directed to a purely evidentiary object than it is by a search directed to an instrumentality, fruit, or contraband. [...] Moreover, nothing in the nature of property seized as evidence render it more private than property seized, for example, as an instrumentality.”¹⁸⁴

Vê-se que também para os americanos o direito à privacidade é um ponto central nas buscas. Com efeito, não é possível deixar de enxergar esta espécie de diligência policial como uma invasão do Estado no espaço de reclusão do indivíduo.

Entretanto, a busca pessoal não representa apenas uma restrição ao direito fundamental a privacidade, mas também é um meio para que outros direitos fundamentais possam ser garantidos. É uma hipótese, pois, de colisão entre direitos fundamentais. Ao mesmo tempo em que ela diminui a privacidade de um indivíduo, ela busca resguardar outros direitos de outras pessoas.

Como a busca pessoal no Brasil está vinculada à persecução penal, ela deverá ser conduzida para proteger os mesmos direitos que são protegidos pelas normas que a pessoa sobre a qual recai a busca é suspeita de transgredir.

Assim, a busca tem o objetivo de resguardar direitos, como a propriedade (quando se busca para encontrar coisa furtada ou roubada, por exemplo), a vida e a integridade física (quando se busca para encontrar pistas sobre um homicídio, consumado ou tentado), e a própria privacidade (quando se busca para localizar informações pessoais de terceiros ilicitamente obtidas).

Também podem ocorrer hipóteses em que a busca servirá para proteger direitos difusos e coletivos, como a saúde pública quando se busca para encontrar drogas proibidas.

¹⁸³ Em tradução livre: O principal objeto de proteção da Quarta Emenda é a proteção da privacidade, não da propriedade.

¹⁸⁴ Em tradução livre: a privacidade não é mais afetada por uma busca direcionada para um objeto puramente indiciários do que por uma busca por um instrumento, fruto ou objeto de crime. Além disso, nada na natureza da propriedade apreendida como evidência faz dela mais privada do que a propriedade apreendida, por exemplo, como instrumento do crime.

Neste sentido, muitos poderiam afirmar, especialmente em tempos de processo penal lavado a jato, que certos direitos abstratos, como o *interesse público na punição dos criminosos*, também seriam tutelados pela busca, o que não me soa correto.

Porém, ainda que fosse possível considerar o interesse público como direito fundamental, o que se negou no primeiro capítulo, o alto grau de abstração deste direito faz com que ele não se preste a exercer um papel muito relevante no sopesamento que deverá ser realizado. Com efeito, uma espécie de *interesse público* poderia militar tanto a favor da execução da busca, quanto contra a diligência, afinal há também o interesse público de que os cidadãos não sejam molestados pelas polícias.

Deste modo, parece possível concluir que, embora outros direitos exerçam um papel secundário no sopesamento, nas hipóteses de busca pessoal haverá uma colisão, predominantemente, entre o direito a privacidade da pessoa que sofrerá a busca e o direito tutelado pela norma penal que esta pessoa é suspeita de transgredir.

4.3.2 A abordagem policial, os níveis de busca pessoal e as intervenções corporais

Para bem compreender a busca pessoal é imprescindível compreender também a abordagem policial, pois uma está estritamente vinculada à outra. A ampla maioria das buscas pessoais, em especial aquelas realizadas sem prévia autorização judicial, terá sua origem na abordagem de um cidadão qualquer por um policial.

Para tanto, é preciso trazer novamente o olhar crítico sobre o funcionamento do sistema penal, com a compreensão de que a polícia brasileira está em uma guerra constante contra a população, e que certas camadas da sociedade são vistas pelos policiais como inimigos, o que faz com que as abordagens policiais realizadas sobre muitas pessoas sejam excessivamente violentas e truculentas.

De início, é valioso distinguir a abordagem policial de um encontro casual. Nem todas as interações entre um policial e um cidadão serão consideradas como uma abordagem, havendo também meros encontros casuais.

Muitas vezes é o próprio cidadão que interpela o policial, para, por exemplo, lhe pedir alguma informação, ou até mesmo para perguntar as horas. Também o policial pode se aproximar de uma pessoa na rua com as mesmas intenções. A comunicação entre a população e a polícia é uma atividade sadia que não deve ser desencorajada.

Os cidadãos podem, ainda, interpelar os policiais para solicitar seu auxílio, no caso de se verem ou se sentirem em situação de perigo. Da mesma forma, a polícia pode perguntar a transeuntes sobre informações que auxiliem no cumprimento da atividade policial, sem que isto seja uma invasão injustificada à liberdade e à personalidade dos cidadãos.

O ponto que distingue um encontro casual de uma abordagem policial deve ser a liberdade do cidadão de se afastar e ir embora, ainda que ignorando a interpelação policial, sem que isso possa ser interpretado pelo agente público como suspeita em seu desfavor.

Se o cidadão não se sentir livre para ignorar o policial e se afastar, ou se o policial considerar o distanciamento da pessoa como conduta suspeita, estará em andamento uma abordagem policial, e não um encontro casual.

Dito isto, surge uma pergunta muitas vezes ignorada no Brasil: quando a polícia pode abordar alguém?

A resposta inicial da maioria das pessoas talvez seja: sempre.

Porém, sob a guarda da atual Constituição da República, não se pode dizer que a polícia detém o passe livre para abordar pessoas na rua, tolhendo a sua liberdade de locomoção, em especial quando se tem em mente que muitas das abordagens policiais são executadas de maneira truculenta, expondo as pessoas a situações humilhantes e vexatórias.

É inegável que a polícia deve possuir o poder de abordar algumas pessoas na rua, pois se trata de um importante e legítimo instrumento da atividade policial, utilizado para resguardar diversos outros direitos de interesse individual e coletivo da sociedade.

Porém o direito geral de liberdade e o direito à privacidade, inculpidos, respectivamente, no *caput* e no inciso X do artigo 5º da Constituição da República, garantem ao indivíduo os direitos de não ter sua liberdade e a sua intimidade violadas, sendo certo que a abordagem atinge, em maior ou menor grau, estes dois direitos.

Muitas vezes se utiliza teoricamente no Brasil o regramento das buscas pessoais aplicados à abordagem policial, o que não parece ser correto. Assim como foi necessário distinguir a busca da apreensão, também é preciso reconhecer que a abordagem é um momento anterior à busca, que atinge outros direitos de maneiras diversas e que não deve ser tratado pelos mesmos parâmetros.

Talvez o pensamento comum até o momento seja que a abordagem policial deve seguir as regras do artigo 244 do Código de Processo Penal, e que, deste modo, a polícia só poderia abordar alguém na rua quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou corpo de delito.

Mas a simples observação da realidade mostra que a maioria das abordagens se dá sem a presença dessa fundada suspeita. Pessoas são abordadas diariamente em regiões de favelas e periferias das grandes cidades sem que haja qualquer suspeita de que estejam cometendo qualquer crime.

As abordagens policiais devem seguir o seu regramento próprio. É plenamente possível que um policial interpele brevemente alguma pessoa na rua por considerar sua atitude suspeita, e que após um momento inicial decida por não realizar uma busca e encerrar a abordagem.

A abordagem atinge a privacidade de alguém de uma maneira distinta da busca, por não pressupor necessariamente uma invasão do espaço físico próprio da pessoa, como suas bolsas ou vestes, mas sim uma restrição à liberdade e ao espaço metafísico do indivíduo, que vê a sua própria personalidade ser invadida pelo confronto indesejado com policiais, muitas vezes tenso e psicologicamente violento.

Ocorre que não há no direito brasileiro regras sólidas que possam definir este instrumento da atividade policial, o que faz atrair a incidência dos princípios no controle posterior de sua legalidade.

Assim, quando confrontado com a tarefa de verificar a legalidade da atuação da polícia em determinado evento, um juiz deve em uma fase inicial sopesar os princípios colidentes no caso concreto para que possa determinar se a abordagem policial não atingiu desproporcionalmente direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

Nos Estados Unidos, a abordagem policial há muito é tema de discussão tanto na doutrina quanto nos tribunais, sendo constante objeto de apreciação pela Suprema Corte. Há muitos casos que são considerados verdadeiros marcos na jurisprudência da Corte neste assunto, mas talvez o mais relevante para esta monografia seja *Terry v. Ohio* (1968).

Em 31 de outubro de 1963 o detetive Martin McFadden patrulhava à paisana uma região da cidade de Cleveland em que já trabalhava há trinta anos. Neste dia, dois homens parados em uma esquina chamaram a sua atenção, sem que o detetive saiba explicar exatamente por qual razão, e ele passou a segui-los.

Acompanhando seus movimentos, McFadden ficou ainda mais instigado, pois os dois homens se deslocaram para outra esquina, e passaram a alternadamente caminhar até a janela da mesma loja, observando cuidadosamente os arredores. Segundo o detetive, os dois repetiram estes passos cinco a seis vezes cada, o que o fez suspeitar fortemente que os dois estavam planejando o assalto daquela loja.

Em determinado momento, enquanto os suspeitos se reuniam na esquina, um terceiro homem aparece e os três conversam brevemente. Logo em seguida o terceiro homem vai embora e os dois primeiros continuam a passar de forma suspeita em frente à janela da mesma loja. Passados em torno de 10 minutos os dois primeiros saem juntos na mesma direção que o terceiro homem havia tomado mais cedo.

O detetive neste momento estava praticamente convencido que os três planejavam o roubo daquela loja e temia que pudessem portar armas. O roubo armado a lojas era muito comum naquela região. Ele decidiu que era seu dever como policial seguir os homens e continuar a sua escolta.

Ao seguir os dois, McFadden os viu parar em frente à outra loja e se encontrar novamente com o mesmo terceiro homem. Decidindo que era o momento de agir, Martin caminhou até os três, se apresentou como policial e perguntou o nome deles. Quase sem esperar uma resposta, o policial segurou o primeiro homem que alcançou, John Terry, o virou de costas, para que ficassem de frente para os outros dois, e apalpou a parte exterior de seu casaco. No bolso esquerdo sobre o peito do casaco de Terry, McFadden sentiu uma pistola, que ele tentou retirar, mas não conseguiu. O detetive então ordenou, enquanto ainda segurava Terry, que todos entrassem na loja que estavam em frente.

Enquanto os homens entravam, Martin retirou completamente o casaco de Terry e conseguiu retirar do bolso interior um revólver calibre 38. Ele então ordenou que os três homens ficassem de frente para a parede com as mãos ao alto enquanto apalpava a parte exterior das roupas de cada um, procurando por outras armas. Ele sentiu outro revólver no bolso do casaco do segundo homem, Richard Chilton, mas não descobriu nenhuma arma em posse do terceiro, Katz, de modo que o policial não colocou as mãos no interior das vestes deste último. Terry e Chilton foram então processados pela posse das armas escondidas.

Este julgamento era especialmente relevante à sua época, porque a população aguardava o pronunciamento da Suprema Corte sobre a prática da polícia americana conhecida como *stop and frisk*, que consiste na abordagem policial seguida do apalramento da parte externa das vestes na procura de armas de fogo. Lá, como aqui, a polícia opera dentro da margem de seletividade do sistema penal, e, desde muito antes do julgamento, estas abordagens policiais recaem em sua maioria sobre os negros e sobre as camadas mais pobres da sociedade, muitas vezes de forma abusiva.

Para resolver o caso, a Suprema Corte primeiro precisava determinar a legalidade da abordagem realizada pelo detetive McFadden, e se a Quarta Emenda deveria ser a ela aplicada. Ou seja, era preciso determinar se a abordagem de cidadãos com a sua detenção

momentânea poderia ser considerada uma *seizure* e, portanto, seria objeto de proteção da Quarta Emenda, que protege os cidadãos contra as *unreasonable searches and seizures*. Em seguida, era preciso também definir os parâmetros necessários para esta apreensão momentânea da pessoa, ou seja, se era necessária a *probable cause* de que a pessoa haveria cometido algum crime para justificar a abordagem policial¹⁸⁵. Após, era ainda preciso definir se o *frisk*, o apalramento externo das vestes, consistia em uma busca, assim como os parâmetros autorizadores deste ato.

Aceitando que a abordagem policial constitui uma apreensão da pessoa e que o apalramento das roupas constitui uma busca, diz a opinião da Corte:

“It is quite plain that the Fourth Amendment governs "seizures" of the person which do not eventuate in a trip to the stationhouse and prosecution for crime -- "arrests" in traditional terminology. It must be recognized that, whenever a police officer accosts an individual and restrains his freedom to walk away, he has "seized" that person. And it is nothing less than sheer torture of the English language to suggest that a careful exploration of the outer surfaces of a person's clothing all over his or her body in an attempt to find weapons is not a "search." Moreover, it is simply fantastic to urge that such a procedure performed in public by a policeman while the citizen stands helpless, perhaps facing a wall with his hands raised, is a "petty indignity." It is a serious intrusion upon the sanctity of the person, which may inflict great indignity and arouse strong resentment, and it is not to be undertaken lightly.”¹⁸⁶

Assim, para a SCOTUS, ainda que a abordagem policial não constitua uma prisão ou uma detenção propriamente dita, como restringe a liberdade do indivíduo ela deve ser considerada como uma apreensão da pessoa.

Restava determinar se naquele caso concreto a conduta do detetive McFadden foi ou não inconstitucional. Neste aspecto, um ponto foi determinante para a conclusão da Corte:

¹⁸⁵ Nos Estados Unidos, desde aquela época, para que fosse possível executar uma busca sem prévia autorização judicial, a polícia precisava demonstrar que tinha uma causa provável (*probable cause*) de que a pessoa cometeu algum delito e que possuía evidências dele em sua posse. Este mesmo critério é o exigido para a obtenção de um mandado de busca.

¹⁸⁶ Citações internas omitidas. Em tradução livre: É bastante claro que a Quarta Emenda regulamenta “apreensões” da pessoa que não culminam em uma viagem para a delegacia e na acusação por crime – “prisões” na terminologia tradicional. É preciso que seja reconhecido que, sempre que um policial aborda um indivíduo e restringe sua liberdade de se afastar, ele “apreendeu” aquela pessoa. E é nada menos do que pura tortura da língua Inglesa sugerir que uma análise cuidadosa das superfícies externas das roupas de uma pessoa sobre todo o corpo dele ou dela em uma tentativa de encontrar armas não é uma “busca”. Além disso, é simplesmente fantasioso argumentar que tal procedimento realizado em público por um policial enquanto o cidadão permanece indefeso, possivelmente virado para uma parede com suas mãos erguidas, é uma ínfima indignidade. É uma séria invasão sobre a santidade da pessoa, que pode infligir grande indignidade e provocar um forte ressentimento, e não deve ser visto como algo simples.

a necessidade de garantir a segurança do policial e de todas as pessoas envolvidas ou próximas.

Como o detetive havia afirmado em juízo que desde antes da abordagem possuía o medo de que os homens estivessem armados, mas restou decidido que ele não possuía *probable cause* para prendê-los pelo porte ilegal das armas, era preciso decidir se com uma suspeita menor que a *probable cause* o detetive poderia abordar as pessoas que suspeitava estarem armadas, e se ainda sem a causa provável ele poderia apalpar o exterior de suas vestes a procura de armas.

Não seria razoável exigir que o detetive McFadden corresse para obter um mandado naquele momento. Ele realmente acreditava que os três homens estavam prestes a cometer um roubo a mão armada e que era seu dever como policial intervir.

Com este cenário, a Suprema Corte considerou a necessidade de atuação imediata do policial, assim como a necessidade do agente público de garantir a sua segurança e a de todos os envolvidos, para reconhecer a legalidade da conduta do detetive.

Muito embora não possuísse *probable cause* de que os homens estavam cometendo o crime de porte ilegal de arma e se preparavam para roubar uma loja, os Justices consideraram que o policial possuía uma suspeita razoável que o permitiria abordar os suspeitos, restringindo a sua liberdade de locomoção, e fazer perguntas para averiguar suas suspeitas¹⁸⁷. Se as suspeitas não fossem atenuadas pelas satisfações prestadas pelos interpelados, e se o policial mantivesse a mesma suspeita razoável de que eles estavam armados e que a sua segurança e a de outros estava em risco, o policial deveria poder apalpar as vestes dos suspeitos a procura de armas.

O Justice Warren, escrevendo a opinião da Corte, afirma:

“Where a reasonably prudent officer is warranted in the circumstances of a given case in believing that his safety or that of others is endangered, he may make a reasonable search for weapons of the person believed by him to be armed and dangerous regardless of whether he has probable cause to arrest that individual for crime or the absolute certainty that the individual is armed.”¹⁸⁸

¹⁸⁷ Consta da opinião da Corte: “An officer may make an intrusion short of arrest where he has reasonable apprehension of danger before being possessed of information justifying arrest”. Em tradução livre: Um policial pode realizar uma abordagem sem uma prisão quando ele possuir um receio razoável de perigo antes de possuir informações que justifiquem a prisão.

¹⁸⁸ Em tradução livre: Quando a um policial razoavelmente prudente for justificável, nas circunstâncias de um determinado caso, acreditar que a sua segurança ou a de outros está em risco, ele poderá realizar uma busca razoável por armas na pessoa que ele acredita estar armada e ser perigosa, independentemente de possuir causa provável para prender aquela pessoa por um crime ou da absoluta certeza que a pessoa está armada.

Portanto, o parâmetro que autoriza uma abordagem policial deveria ser o mesmo que autorizaria o *frisk*, uma suspeita razoável de que as pessoas interpeladas estejam armadas e representem alguma espécie de perigo ao policial e às demais pessoas.

Essa suspeita razoável deve ser objetiva e extraída de elementos concretos que devem ser apresentados pelo policial. Não basta ao agente público sustentar a legalidade da abordagem na sua intuição ou em um palpite. São precisos elementos concretos e individualizáveis, que devem ser analisados em cotejo com a subjetividade extraída da experiência do agente policial, que é treinado para perceber atitudes suspeitas. Assim, sustenta o Justice Warren:

“And, in justifying the particular intrusion, the police officer must be able to point to specific and articulable facts which, taken together with rational inferences from those facts, reasonably warrant that intrusion. [...]

And simple "good faith on the part of the arresting officer is not enough." . . . If subjective good faith alone were the test, the protections of the Fourth Amendment would evaporate, and the people would be "secure in their persons, houses, papers, and effects," only in the discretion of the police. [...]

And in determining whether the officer acted reasonably in such circumstances, due weight must be given not to his inchoate and unparticularized suspicion or "hunch," but to the specific reasonable inferences which he is entitled to draw from the facts in light of his experience.”¹⁸⁹

Contudo, muito embora os parâmetros para uma abordagem seguida de um *frisk* possam ser diminuídos para a suspeita razoável de que uma pessoa represente perigo ou esteja cometendo um crime ou se preparando para o ato criminoso, o parâmetro para a execução de uma busca completa permanece o mesmo: ainda é indispensável a *probable cause* da prática de ato criminoso que justificaria a expedição de um mandado de busca. Nas palavras do Justice Warren:

“Suffice it to note that such a search, unlike a search without a warrant incident to a lawful arrest, is not justified by any need to prevent the disappearance or destruction of evidence of crime. The sole

¹⁸⁹ Em tradução livre: E, para justificar a invasão em particular, o policial precisa apontar fatos específicos e articuláveis que, analisados em conjunto com inferências racionais a partir desses fatos, razoavelmente fundamentem aquela invasão. E a simples boa fé por parte do policial que efetua a prisão não é suficiente. Se apenas a boa fé subjetiva fosse o teste, as proteções da Quarta Emenda evaporariam, e o povo estaria seguro em suas pessoas, casas, documentos e posses apenas nos critérios da polícia. E para determinar se o policial agiu razoavelmente em tais circunstâncias, o devido peso deve ser dado não as suas toscas e gerais suspeitas ou palpites, mas às específicas conclusões razoáveis que ele é habilitado para inferir a partir dos fatos à luz de sua experiência.

justification of the search in the present situation is the protection of the police officer and others nearby, and it must therefore be confined in scope to an intrusion reasonably designed to discover guns, knives, clubs, or other hidden instruments for the assault of the police officer.”¹⁹⁰

Assim, a busca de *Terry* surge como uma busca autorizada para a segurança do policial e dos demais envolvidos, que se daria com o apalpamento da parte externa das vestes das pessoas, com o escopo exclusivo de encontrar armas que poderiam ser utilizados contra os policiais, desde que estes possuam suspeitas razoáveis de que as pessoas as tivessem portando. A busca completa, na parte interna das vestes, e nas bolsas e outros objetos que a pessoa trouxesse consigo, ainda dependeria de mandado e do parâmetro mais rígido da *probable cause*.

É possível perceber que o que a Suprema Corte aprovou em *Terry* foi a existência de dois níveis diferentes de busca pessoal no direito norte americano: um primeiro, consistente no apalpamento superficial da parte externa das vestes das pessoas, exclusivamente com o intuito de procurar armas que possam colocar em risco os policiais e demais pessoas próximas, e um segundo, que seria uma busca completa, também na parte interna das vestes e de outros objetos em posse da pessoa. Para cada um desses níveis, são exigidos diferentes parâmetros autorizadores, um mais rígido que o outro.

Não se pode deixar de mencionar o voto dissidente do Justice Douglas, que não aceitou a exigência de uma suspeita reduzida como suficiente para autorizar uma abordagem seguida de um *frisk*. Para ele:

“But the crime here is carrying concealed weapons; and there is no basis for concluding that the officer had "probable cause" for believing that that crime was being committed. Had a warrant been sought, a magistrate would, therefore, have been unauthorized to issue one, for he can act only if there is a showing of "probable cause." We hold today that the police have greater authority to make a "seizure" and conduct a "search" than a judge has to authorize such action. We have said precisely the opposite over and over again. In other words, police officers up to today have been permitted to effect arrests or searches without warrants only when the facts within their personal knowledge would satisfy the constitutional standard of probable cause. At the time of their "seizure" without a warrant, they must possess facts concerning the person arrested that would have

¹⁹⁰ Em tradução livre: Basta notar que tal busca, ao contrário de uma busca sem mandado a partir de uma prisão não se justifica em nenhuma necessidade de prevenir o desaparecimento ou a destruição de prova de crime. O único fundamento da busca na presente situação é a proteção do policial e de outras pessoas próximas, e, portanto, seu escopo deve ser limitado a uma invasão razoavelmente voltada para o descobrimento de armas, facas, maças, ou outros instrumentos escondidos que possam ser utilizados para atingir o policial.

satisfied a magistrate that "probable cause" was indeed present. The term "probable cause" rings a bell of certainty that is not sounded by phrases such as "reasonable suspicion." Moreover, the meaning of "probable cause" is deeply imbedded in our constitutional history."¹⁹¹

O decidido em *Terry*, julgado em 1968, sofreu muitas alterações desde então. Foram criadas extensões para a busca sem mandado em hipóteses de busca em veículos, nas alfândegas e aeroportos e muitas outras. Porém, o ponto central de uma busca menos invasiva, com parâmetros autorizadores menos rígidos, realizada com o escopo único de garantir a segurança dos envolvidos remanesce forte na jurisprudência americana até hoje.

É possível extrair diversas lições de *Terry*. Uma delas é que a abordagem policial é diferente de um encontro casual de um cidadão com a polícia, por constituir um cerceamento à liberdade e à privacidade da pessoa. Por esta razão, a polícia não pode abordar livremente qualquer pessoa na rua.

Como não existe regra disciplinadora para estas hipóteses, aplicam-se diretamente os princípios ao caso concreto, de modo que me parece razoável inferir que para verificar a legalidade de uma abordagem policial no Brasil, deve ser realizado um sopesamento que resolva a colisão entre os princípios colidentes. O resultado deste sopesamento a ser realizado em cada caso deverá obedecer a parâmetros mínimos, exigindo-se que o policial possa apontar elementos concretos que justifiquem a interferência na liberdade e na privacidade das pessoas em favor de outros direitos, individuais e coletivos.

Este sopesamento, como venho afirmando, deve ser realizado entre os direitos a liberdade e a privacidade da pessoa, em face dos direitos protegidos pelas normas penais que ela é suspeita de transgredir. Esta análise caso a caso deverá permitir o controle posterior da legalidade das abordagens policiais, que não poderão restringir injustificadamente os direitos individuais das pessoas.

Outro ensinamento de *Terry* é o de que os direitos a segurança e a integridade física dos policiais envolvidos e de todas as outras pessoas próximas também devem ser

¹⁹¹ Em tradução livre: Mas o crime em questão é carregar armas escondidas; e não há base para concluir que o policial tinha causa provável para acreditar que aquele crime estava sendo cometido. Se um mandado tivesse sido requerido, um magistrado, portanto, não estaria autorizado a expedi-lo, pois ele apenas pode agir se demonstrada a causa provável. Nós hoje decidimos que a polícia tem uma autoridade maior para realizar uma apreensão e para conduzir uma busca do que um juiz possui para autorizar tais ações. Nós dissemos precisamente o oposto repetidamente. Em outras palavras, policiais até hoje eram permitidos a efetuar prisões ou buscas sem mandados apenas quando os fatos dentro de seu conhecimento pessoal satisfizessem o parâmetro constitucional da causa provável. No momento da apreensão sem um mandado, eles deveriam possuir informações sobre a pessoa apreendida que convenceriam um magistrado que a causa provável estava presente. O termo causa provável remonta uma certeza que não está presente nas frases como suspeita razoável. Além disso, o significado de causa provável está profundamente enraizado em nossa história constitucional.

considerados na colisão de princípios nas hipóteses de abordagem policial e também de busca pessoal.

Também é possível consentir que há diferentes níveis de busca pessoal, alguns mais invasivos do que outros. Parece inegável que o apalpamento da parte externa das vestes é menos invasivo à intimidade de alguém que o varejo minucioso em seus bolsos e seu corpo.

Neste ponto é preciso apontar que existe ainda um nível de busca que está acima da tradicional busca pessoal, em uma escala que meça a invasão à personalidade: a intervenção corporal, que recai sobre o próprio corpo da pessoa, inclusive em seu interior.

Sobre isto, sustentam André Nicolitt e Carlos Wehrs:

“Para nós, a busca pessoal não pode ser classificada como intervenção corporal. Como destacamos na conceituação, intervenção filia-se à ideia de ingerência sobre o corpo vivo. [...] Desta forma, concebemos as intervenções como diligências que penetram, ainda que minimamente, no corpo humano vivo, ou que sejam potencialmente capazes de produzir alguma influência sobre ele, influência esta em sua funcionalidade (organização, irritabilidade, movimento, crescimentos, reprodução e adaptação).”¹⁹²

Para os autores, que contrariam a citação de Tourinho Filho quando da conceituação da busca pessoal, até mesmo um exame radioscópico deverá ser considerado como intervenção corporal, que atinge extremos como a busca nas cavidades anais e vaginais. Ao distinguir a busca pessoal das intervenções corporais os autores aduzem que:

“Para nós, colocar no mesmo plano das revistas ou buscas pessoais as inspeções anais e vaginais significaria permitir que tais diligências tivessem a mesma disciplina legal, dispensando inclusive mandado de autoridade judicial, ou seja, reserva de juiz.”¹⁹³

A meu ver, não é possível equiparar uma busca pessoal com a inspeção anal ou vaginal em alguém, e nem sequer com a extração de sangue ou a realização de procedimentos médicos em geral, que devem ser considerados como intervenções corporais. Isto porque estes procedimentos atingem direitos distintos do direito à privacidade que é protegido pela busca pessoal, como o direito à integridade corpórea e o direito de não produzir provas contra si mesmo, além de atingir em muito maior escala o direito fundamental a um tratamento digno e o seu respectivo princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁹² NICOLITT, André Luiz e WEHRS Carlos Ribeiro. Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: lei n. 12.654/2012. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 26.

¹⁹³ NICOLITT, André Luiz e WEHRS Carlos Ribeiro. Intervenções corporais..., p. 26.

Porém, a busca nas partes externas do corpo e nos objetos que a pessoa traz consigo (a busca pessoal em sentido estrito, conceituada em tópico anterior) e o apalpamento externo das vestes constituem diferentes níveis de busca pessoal, pois atingem os mesmos direitos, de maneira similar, mas em diferentes níveis. Ambos reduzem a privacidade e a personalidade das pessoas, sem causar interferência em seu corpo.

Em sendo assim, tem-se que o apalpamento externo das vestes decorrente de uma abordagem policial no Brasil constitui uma busca pessoal e, portanto, deve obedecer aos artigos 240 e 244 do Código de Processo Penal, sendo exigida fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de corpo de delito para que seja realizado sem autorização judicial.

A primeira vista, tal posição seria por demasiado restritiva ao direito de segurança e integridade física dos policiais, que não poderiam, por exemplo, apalpar as vestes de um suspeito de portar uma faca na rua, o que representaria um risco imediato aos agentes.

Ocorre que portar a dita faca não é um crime¹⁹⁴, e por isso a faca não seria uma das armas proibidas que trata o artigo 244 do Código de Processo Penal. Em sendo assim, não haveria razão para a abordagem policial e muito menos para a realização da busca. Da mesma forma, se a polícia efetuou a abordagem com a fundada suspeita da prática de outro crime, mesmo que iminente, a busca estará autorizada.

A polícia poderia então argumentar que é possível abordar uma pessoa suspeita de outra conduta criminosa e, durante a abordagem, abandonar a suspeita inicial e surgir a nova suspeita de que a pessoa tem uma faca, quando o apalpamento não poderia ser realizado, o que colocaria em risco os agentes e eventualmente outras pessoas. Em situações extremas, em que não houvesse também a fundada suspeita de que a mesma pessoa esteja na posse de corpo de delito (ou seja, que a faca não é produto, objeto ou instrumento de crime) isto seria verdade. Nestas hipóteses, a conduta a ser esperada dos policiais seria colher mais informações, com a possível ação controlada de escolta do suspeito, até que se obtenha a fundada suspeita de que a faca é um corpo de delito que autorize a busca por ela.

É dizer, se portar uma faca não é contra nenhuma regulamentação legal, a suspeita de que o sujeito a porta, desacompanhada da suspeita de que com a faca ele praticou ou está prestes a praticar um crime ou até mesmo uma contravenção penal, não é o bastante para autorizar a busca. Outrossim, se houver a fundada suspeita de que a faca é instrumento de

¹⁹⁴ É preciso notar que em alguns municípios há leis que proíbem o porte público de facas, que só é permitido se o objeto estiver acondicionado em determinada maneira. Neste caso, poder-se-ia arguir que portar uma faca na cintura constitui um porte proibido de arma que autorizaria a busca pessoal sem mandado.

crime, ela constituirá corpo de delito e poderá ser buscada. Por exemplo, cozinheiros profissionais costumam carregar consigo suas facas, e, de modo geral, não representam risco à segurança de policiais e de outras pessoas, não sendo admissível que sejam buscados sob a fundada suspeita de que portam seus instrumentos de trabalho. Da mesma forma, se ladrões se utilizam de pequenas serras para garantir o sucesso de seus crimes, a serra constitui instrumento do crime, e, portanto, corpo de delito, sendo autorizada a busca sem mandado sob a fundada suspeita do cometimento dos roubos. Ausente qualquer suspeita de cometimento de crimes ou mesmo contravenções, a polícia não deverá poder apalpar cidadãos em busca de facas ou outros objetos considerados perigosos escondidos. Sob determinadas circunstâncias, inúmeros objetos podem ser utilizados como arma e apresentar risco, de modo que tal critério seria extremamente aberto.

Concluindo-se, mesmo que se possa admitir que um apalpamento externo das vestes seja uma medida menos invasiva que a busca completa, que se dá inclusive nos interior dos bolsos e de outros objetos que a pessoa porte, não há razões para admitir que, no direito brasileiro, se possa exigir menos que a fundada suspeita de que a pessoa esteja portando arma proibida ou corpo de delito para que seja realizado sem autorização judicial, pois este parâmetro já se mostrar flexível o suficiente.

É preciso reconhecer que a fundada suspeita não é um critério que exige alto grau de certeza, como a *probable cause* americana, se aproximando mais da *reasonable suspicion* que autorizou a abordagem e a busca superficial em *Terry*. Exigir menos do que a fundada suspeita para que policiais possam abordar e apalpar pessoas na rua legalizaria uma enorme quantidade de buscas racistas e preconceituosas.

4.3.3 Expectativa de privacidade

Uma das lições que podemos retirar de *Terry* é a de que a busca pessoal pode se dar em diferentes níveis. Uma busca superficial, consistente tão só no breve apalpamento de poucas áreas não íntimas do corpo na busca por armas¹⁹⁵, que os americanos chamam de *frisk*, poder ser considerada menos invasiva à privacidade das pessoas do que uma busca minuciosa realizada durante operações policiais.

¹⁹⁵ A parte superior da cintura, inferior da barriga, braços e tornozelos, por exemplo. Não se pode deixar de acrescentar que, em certas ocasiões, esta espécie de busca é utilizada por policiais para se aproveitar de mulheres, em conduta que muitas vezes podem até mesmo ser caracterizadas como estupro, o que sem dúvida é uma das máximas ofensas à intimidade e à personalidade.

Em sendo assim, cada nível de busca pessoal atingirá determinado nível da intimidade dos indivíduos. Neste ponto, é preciso rememorar o que foi dito no primeiro capítulo, a respeito da existência de infinitos níveis de intimidade, e não apenas de meras três esferas ou de uma simples diferenciação entre intimidade e privacidade. O nível de privacidade atingido por cada busca pessoal só poderá ser verificado numa análise caso a caso, uma vez que se tratam de níveis subjetivos que variam de pessoa para pessoa, e dependem sempre do resultado da diligência, do que foi descoberto pelos policiais, e em quais locais recaiu a busca.

Assim, para verificar qual a parcela da privacidade de uma pessoa foi reduzida com um *frisk* ou uma busca completa, será preciso analisar a *expectativa de privacidade* que aquela pessoa tinha sobre os locais varejados e sobre os itens descobertos.

A privacidade é um direito que protege as pessoas, e não coisas ou lugares, de modo que é a própria pessoa que sofre a busca que confere aos locais e objetos buscados o nível íntimo que melhor lhe convém. Essa escolha pessoal, contudo, não é apenas subjetiva, pois possui também reflexos objetivos.

Algo que o indivíduo deixa exposto, ao alcance dos olhos de todos, não deve ser considerado tão íntimo quanto aquilo que a pessoa guarda cuidadosamente dentro de sua carteira ou dentro de compartimentos ocultos de uma bolsa.

Isto não quer dizer que objetos deixados à vista não constituem parte da personalidade de cada pessoa, mas sim que o parâmetro a ser considerado pelas autoridades ao conduzir uma busca, no que diz respeito à profundidade com que a privacidade de alguém está sendo invadida, deve ser a observação de elementos concretos que demonstrem a *expectativa de privacidade* que o indivíduo impõe ao local ou objeto velado. Se há um cadeado que tranque determinado compartimento de uma mochila, a pessoa está demonstrando que sobre aquele compartimento ela espera maior proteção de sua privacidade que em relação aos demais, que estão desprotegidos. Se a pessoa deixa algo à vista através do para-brisa de seu carro, que é transparente, deve esperar uma menor proteção do direito à intimidade, que poderá ser superado mais facilmente por outros direitos e princípios colidentes.

Nos Estados Unidos, *Katz v. United States* (1967) é um marco para o teste da *expectativa de privacidade*. Neste caso, o Justice Harlan expôs um teste de duas etapas, para verificar se determinada busca violou ou não a proteção conferida pela Quarta Emenda:

“My understanding of the rule that has emerged from prior decisions is that there is a twofold requirement, first that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy, and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as ‘reasonable’”¹⁹⁶⁻¹⁹⁷.

No caso, Charles Katz havia sido condenado em primeira e segunda instância por transmitir informações sobre apostas de Los Angeles para Miami e Boston. O FBI, que já investigava Katz pela participação em apostas, percebeu que o suspeito utilizava com frequência determinadas cabines de telefones públicos próximas à sua casa, possuindo a forte convicção de que estas ligações serviriam para propagar ilegalmente informações sobre o jogo.

Os agentes federais então instalaram gravadores na parte externa de duas cabines telefônica que sabiam que Katz usaria, o que os permitia ouvir o que se dizia do lado de dentro¹⁹⁸.

Gravando o que Katz dizia ao telefone, o FBI conseguiu provar que ele estava, de fato, envolvido na transmissão ilegal de informações de apostas. Esta prova foi admitida no julgamento de primeiro grau e utilizada como fundamento para a condenação do acusado.

A Suprema Corte, ao admitir julgar a legalidade desta prova, precisou definir duas coisas: se a gravação ambiental das conversas deveria ser considerada uma busca e apreensão, e, portanto, protegida pela Quarta Emenda, e se havia uma expectativa de privacidade razoável na utilização de um telefone público.

Katz, então, se tornou um caso famoso por produzir uma regra que ainda hoje é utilizada: “Because the Fourth Amendment protects people, rather than places, its reach cannot turn on the presence or absence of a physical intrusion into any given enclosure”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ O teste proposto pelo J. Harlan, apesar de ser alvo de críticas ao longo dos anos, em especial no que diz respeito ao segundo quesito, serviu como base para outras decisões da Suprema Corte. Embora nunca tenha sido oficialmente adotado como parâmetro universal no tocante à questões envolvendo a Quarta Emenda, ele também nunca foi completamente abandonado, se mostrando valioso para compreender o parâmetro da expectativa de privacidade, e a subjetividade que lhe é conferida pela própria pessoa que sofre a restrição à privacidade.

¹⁹⁷ Em tradução livre: O meu entendimento da regra que emergiu das decisões anteriores é que existe uma dupla exigência, primeiro que uma pessoa tenha exibido uma real (subjetiva) expectativa de privacidade, e, segundo, que a expectativa seja uma que a sociedade esteja preparada para reconhecer como razoável.

¹⁹⁸ Releva notar que o dispositivo instalado não era equivalente ao que hoje temos no Brasil como a interceptação telefônica, pois não permitia gravar o que se dizia por meio do telefone, ou seja, o fluxo de comunicação. Tratava-se, no caso, de um gravador de áudio, que captava os sons ao seu redor, com força suficiente para captar o que era dito dentro da cabine de vidro. Hoje, no Brasil, talvez tal medida policial seria classificada como “escuta ambiental”.

¹⁹⁹ Em tradução livre: Porque a Quarta Emenda protege pessoas, ao invés de lugares, o seu alcance não pode mudar na presença ou ausência de uma invasão física em qualquer recinto.

Até então nos Estados Unidos a violação à Quarta Emenda pressupunha uma invasão física do espaço de um indivíduo, como o ingresso indesejado em sua casa, seu carro ou seu escritório.

A partir de *Katz*, a Suprema Corte passa a considerar que a invasão injustificada que atrai a proteção da Quarta Emenda não é a do espaço físico da pessoa, mas sim a invasão de sua privacidade.

Assim, uma vez que a captação e gravação de conversas privadas é uma violação à privacidade do indivíduo, deveria ser considerada uma busca e apreensão, e, portanto, objeto da proteção da Quarta Emenda contra *unreasonable searches and seizures*.

Restava à Suprema Corte definir se a busca e a apreensão das conversas de *Katz*, sem autorização judicial, foi ou não razoável.

Para tanto, a Corte considerou que *Katz* tinha uma razoável expectativa de privacidade sobre as conversas que mantinha naquelas cabines telefônicas. Neste sentido, ao refutar o argumento estatal de que as cabines estavam em local público e eram feitas de vidro, de modo que era possível ver o que se passava no seu interior, afirmou o Justice Stewart, escrevendo a opinião da Corte:

“But what he sought to exclude when he entered the booth was not the intruding eye -- it was the uninvited ear. He did not shed his right to do so simply because he made his calls from a place where he might be seen. No less than an individual in a business office, in a friend's apartment, or in a taxicab, a person in a telephone booth may rely upon the protection of the Fourth Amendment. One who occupies it, shuts the door behind him, and pays the toll that permits him to place a call is surely entitled to assume that the words he utters into the mouthpiece will not be broadcast to the world. To read the Constitution more narrowly is to ignore the vital role that the public telephone has come to play in private communication”²⁰⁰.

Vê-se, pois, que para a Suprema Corte Americana o modo como o indivíduo trata as informações íntimas é de vital importância para se verificar a presença ou a ausência da razoabilidade na intromissão à vida privada, o que se verifica em outra passagem da opinião em *Katz*:

²⁰⁰ Em tradução livre: Mas o que ele procurava afastar quando ele entrou na cabine não era o olho intrometido – era o ouvido indesejado. Ele não perdeu o seu direito de fazer isto simplesmente porque ele fez suas ligações a partir de um lugar em que ele poderia ser visto. Não menos do que um indivíduo em um escritório, no apartamento de um amigo ou em um táxi, a pessoa em uma cabine telefônica pode confiar na proteção da Quarta Emenda. Aquele que ocupa a cabine, fecha a porta atrás de si e paga a tarifa que o permite fazer uma ligação com certeza está assegurado a acreditar que as palavras que ele pronuncia no bocal não serão transmitidas ao mundo. Ler a Constituição restritivamente é ignorar a importância vital que os telefones públicos assumiram nas comunicações privadas.

“what a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of Fourth Amendment protection. But what he seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected.”²⁰¹

Neste sentido, concluiu a SCOTUS que, naquele caso concreto, a escuta ambiental implantada constituía uma *unreasonable search and seizure*, uma vez que Charles Katz possuía uma expectativa de privacidade naquelas cabines telefônicas e que ele havia demonstrado por meio de suas atitudes que não gostaria que suas conversas fossem ouvidas por terceiros.

No teste do Justice Harlan, por exemplo, Katz se encaixava perfeitamente, já que, primeiramente, ele havia exibido a sua expectativa de privacidade e, em segundo lugar, esta expectativa podia ser considerada razoável pela sociedade em que estava inserido.

Não se pretende, com esta exposição, trazer integralmente a doutrina de *Katz* para o Brasil. Contudo, é inegável a validade do julgado no estudo do tema da busca pessoal, principalmente por trazer à luz o parâmetro subjetivo da expectativa de privacidade, e a necessidade de que o indivíduo demonstre com suas ações os locais e objetos que lhe são íntimos e que, por essa razão, merecem maior proteção.

4.4 A razão de ser dos mandados

A busca, como atividade policial e instrumento de controle social, via de regra dependerá da expedição de mandado judicial para a sua realização.

Isto se infere, inclusive, da análise dos artigos 240 e 244 do Código de Processo Penal brasileiro, nos quais resta cristalino que a busca pessoal somente poderá ser executada sem mandado em três situações: (1) nos casos de prisão, (2) quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de corpo de delito e (3) no curso de busca domiciliar.

Todas estas três hipóteses serão analisadas mais detidamente nos próximos pontos. Neste tópico serão analisadas as razões pelas quais a busca sem mandado somente é admitida nestas hipóteses restritas.

²⁰¹ Em tradução livre: O que a pessoa conscientemente expõe ao público, até mesmo em sua própria casa ou escritório, não é objeto de proteção da Quarta Emenda. Mas o que ele procura preservar como privado, até mesmo em uma área acessível ao público, pode ser constitucionalmente protegido.

De início, releva notar que as hipóteses de busca sem mandado são restritivas inclusive se comparadas às hipóteses de busca judicialmente autorizada. Por exemplo, enquanto o artigo 240 permite a busca com mandado de qualquer espécie de arma, o artigo 244 autoriza a busca sem mandado apenas das armas proibidas. Neste ponto, é preciso aquiescer parcialmente com Fauzi Choukr, quando afirma que as armas das quais trata o artigo 244 são aquelas descritas no artigo 16 da Lei nº 10.826/03, ou seja, “arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito”²⁰².

Parcialmente, porque também devem ser consideradas como armas proibidas autorizadoras da busca pessoal sem mandado aquelas de uso permitido portadas “sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, tal como previsto no artigo 14 da mesma Lei.

Isto porque apesar de a lei se referir a armas de uso permitido, os regulamentos expedidos pelo Exército e pela Polícia Federal são bastante rigorosos, restringindo muito a concessão da permissão para o porte destas armas aos cidadãos comuns, de modo que se um agente policial possuir fundada suspeita de que determinado indivíduo porta em desacordo com a regulamentação legal e infralegal uma arma de fogo de uso permitido, estará preenchida a hipótese do artigo 244 do Código de Processo Penal, sem que isto signifique uma extensão indevida da interpretação da lei processual penal.

Este e outros raciocínios permitem a conclusão de que a lei e a Constituição exigem, como regra, a necessidade de obtenção de autorização judicial antes da realização da busca, sendo a busca sem mandado uma exceção no ordenamento jurídico.

Nos Estados Unidos, a necessidade de obtenção de mandado judicial para a realização de uma busca pessoal encontra suas raízes na luta dos colonos contra a utilização pelos ingleses dos *writs of assistance* nas 13 Colônias.

A batalha dos colonos resultou no *Bill of Rights* e no início de uma tradição judicial que prestigia a indispensabilidade dos mandados judiciais para a realização de *searches and seizures*, tratando as buscas realizadas sem mandado como uma ofensa *prima facie* à Quarta Emenda.

Muito embora em alguns precedentes a Suprema Corte tenha autorizado a invasão de domicílios e automóveis sem mandado, em muitos outros ela se posiciona firmemente contra buscas realizadas sem a autorização judicial.

²⁰² CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 515.

Por exemplo, no já citado *Katz v. United States*, um dos argumentos do Estado era o de que os agentes do FBI que realizaram a busca pela transmissão telefônica de Katz possuíam a *probable cause* exigida pela Quarta Emenda para a expedição de um mandado, o que certamente seria feito por um juiz, e que os agentes agiram dentro dos limites razoáveis do que um mandado prescreveria.

A semelhança do que pretendia o Estado com os *writs of assistance* do período colonial provavelmente assustou os Justices, pois o Justice Stewart, escrevendo a opinião da corte, afirmou:

“It is apparent that the agents in this case acted with restraint. Yet the inescapable fact is that this restraint was imposed by the agents themselves, not by a judicial officer. They were not required, before commencing the search, to present their estimate of probable cause for detached scrutiny by a neutral magistrate. They were not compelled, during the conduct of the search itself, to observe precise limits established in advance by a specific court order. Nor were they directed, after the search had been completed, to notify the authorizing magistrate in detail of all that had been seized. In the absence of such safeguards, this Court has never sustained a search upon the sole ground that officers reasonably expected to find evidence of a particular crime and voluntarily confined their activities to the least intrusive means consistent with that end. Searches conducted without warrants have been held unlawful notwithstanding facts unquestionably showing probable cause, for the Constitution requires that the deliberate, impartial judgment of a judicial officer be interposed between the citizen and the police. Over and again, this Court has emphasized that the mandate of the [Fourth] Amendment requires adherence to judicial processes, and that searches conducted outside the judicial process, without prior approval by judge or magistrate, are per se unreasonable under the Fourth Amendment -- subject only to a few specifically established and well delineated exceptions.”²⁰³

²⁰³ Citações internas omitidas. Em tradução livre: É aparente que os agentes neste caso agiram com moderação. Ainda assim, o fato inescapável é que esta moderação foi imposta pelos próprios agentes, e não por um agente jurisdicional. Eles não foram exigidos, antes de começar a busca, a apresentar sua estimativa de causa provável para o escrutínio independente de um magistrado neutro. Eles não foram obrigados, durante a condução da busca, a observar limites precisos previamente estabelecidos por uma ordem judicial específica. Nem foram eles conduzidos, após o término da busca, a notificar o magistrado que a autorizou, detalhando tudo que foi apreendido. Na ausência de tais salvaguardas, esta Corte nunca coonestou uma busca sob o único fundamento de que os policiais possuíam a expectativa razoável de encontrar provas de um crime em particular e voluntariamente limitaram suas atividades utilizando os meios menos invasivos compatíveis com o este fim. Buscas realizadas sem mandados têm sido vistas como ilegais apesar de fatos que inquestionavelmente demonstravam a causa provável, pois a Constituição exige que o julgamento imparcial e prudente de um agente jurisdicional seja interposto entre o cidadão e a polícia. Repetidas vezes esta Corte enfatizou que o mandamento da Quarta Emenda exige a adesão ao processo jurisdicional, e que as buscas conduzidas fora do processo jurisdicional, sem a prévia aprovação de um juiz, são *per se* não razoáveis sob a Quarta Emenda -- sujeitas apenas a algumas exceções específicas e bem delineadas.

Vê-se que a Suprema Corte considera as buscas sem o devido controle judicial como *per se unreasonable*, ou seja, além das estritas exceções previamente previstas as buscas sem mandado são uma ofensa *prima facie* à Quarta Emenda.

Isto se dá como forma de garantir que as buscas sejam supervisionadas por uma autoridade neutra, que não está vinculada às investigações e não possui uma posição parcial no sistema acusatório de processo penal.

É importante destacar que o controle jurisdicional não se dá somente no momento da expedição do mandado, mas também durante a execução da busca, uma vez que o mandado deverá conter especificamente o que deverá ser buscado e os limites da diligência, assim como os efeitos posteriores do ato policial, que deverão ser registrados e encaminhados ao juízo competente para controle.

Entre nós, a Constituição da República não traz uma cláusula como a Quarta Emenda que proíba todas *unreasonable searches*, da qual se possa extrair que as buscas sem controle judicial são *per se* não razoáveis. A proteção constitucional brasileira exige um mandado judicial apenas para a intrusão no domicílio, sendo silente quanto à busca pessoal.

Contudo, a proteção constitucional ao direito fundamental à vida privada é capaz de suprir essa lacuna, nos moldes propostos pelo legislador infraconstitucional ao editar o Código de Processo Penal, cujos artigos 240 e 244 do Código regulamentam a colisão entre os direitos à privacidade e os outros direitos tutelados pelas normas penais. Esta regulamentação prevê quais buscas serão legítimas quando realizadas sem o controle judicial, que será exigido para todas as outras.

Portanto, no Brasil também a exigência do prévio controle judicial surge como regra para a realização de buscas, como forma de garantir que a privacidade dos indivíduos somente será violada em prol da persecução penal quando esta invasão for devidamente autorizada pela autoridade jurisdicional competente, salvo nas poucas exceções previstas no artigo 244 do Código de Processo Penal, quando o controle jurisdicional será exercido apenas *a posteriori*.

Sendo a busca sem mandado uma exceção, ela idealmente deveria se prestar exclusivamente para medidas urgentes, onde não seja possível aguardar a expedição da ordem judicial para a sua realização, seja porque existe a suspeita de que a segurança e a integridade dos envolvidos estejam em risco, seja porque se teme que o corpo de delito em posse da pessoa possa perecer, ser ocultado ou destruído.

A indispensabilidade do mandado de busca e apreensão deveria servir para inibir praticas arbitrárias e para garantir que a busca seja realizada como meio de prevenção e

elucidação da prática de crimes, e não como instrumento de preconceito, racismo e controle social autoritário. Se o cidadão não quer ver sua mochila revistada, e se a polícia não demonstrar a fundada suspeita exigida pelo artigo 244 do Código de Processo Penal, é seu direito que sua propriedade só seja varejada após a intervenção da autoridade judicial neutra e competente, que decidirá sobre a constitucionalidade do ato.

Mesmo a busca sem mandado sendo classificada como exceção, a prática diária do sistema penal mostra uma realidade diferente. Não há estatísticas que suportem esta afirmação, mas certamente o número absoluto de buscas pessoais conduzidas sem prévia autorização judicial supera, e muito, o das realizadas com mandado de busca e apreensão.

Se a busca pessoal sem mandado é uma exceção para a lei, porque na prática ela é a regra?

A tradição autoritária do Brasil, que conta com sucessivos governos ditatoriais, e que nunca foi capaz de mergulhar a fundo nas tradições republicanas e democráticas, ajuda a justificar a falta de interesse na disciplina da busca pessoal, bem como a justificar a aceitação como normal da invasão da privacidade dos indivíduos por ditos “agentes da lei”.

Mas talvez o principal motivo para a aceitação do excessivo número de buscas pessoais conduzidas sem o controle jurisdicional seja a seletividade do sistema penal, que faz com que esta espécie de busca seja reservada aos seus *clientes preferenciais*, ou seja, aqueles cidadãos pertencentes às camadas mais baixas da sociedade. Os indivíduos das camadas dominantes enxergam a busca desautorizada nestas pessoas como uma forma de controle social, que deve ser exaltada para impedir que as pessoas menos privilegiadas sejam encorajadas às práticas criminosas.

Deste ponto em diante este trabalho será direcionado quase exclusivamente ao estudo das buscas pessoais executadas sem o devido controle jurisdicional, a partir da análise das hipóteses previstas no artigo 244 do Código de Processo Penal.

4.5 As hipóteses de busca pessoal sem autorização judicial

4.5.1 A busca decorrente da prisão

A primeira exceção à regra da exigência de mandado para a execução de uma busca pessoal é a busca decorrente da prisão. Diz o artigo 244 do Código de Processo Penal, textualmente, que “a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão”. À primeira

vista, a regra parece simples, mas a ausência de categorização apropriada da busca no processo penal brasileiro faz surgir alguns problemas.

De início, é preciso concordar parcialmente com a lição de Nucci:

“É natural que a detenção do acusado ou indiciado faça cessar a sua inviolabilidade pessoal, independente de ordem judicial, pois será recolhido ao cárcere e necessita estar livre de armas ou objetos perigosos à segurança do presídio. Além disso, os objetos ou instrumentos, que possua consigo, servirão para a formação do conjunto probatório. Se o bem maior – liberdade – está sendo violado legalmente, não teria sentido exigir-se mandado de busca pessoal, que protege a intimidade.”²⁰⁴

Penso que o autor chegou à conclusão certa, pelo raciocínio errado. É realmente natural que a pessoa presa deva ser alvo de uma busca pessoal – e muitas vezes até de intervenções corporais – como forma de garantir a segurança das agências policiais e penitenciárias e também como forma de instrução probatória. Contudo, tal não se justifica na violação à liberdade. A restrição ao direito de liberdade não justifica a violação desproporcional da intimidade do indivíduo, que deve ser resguardada durante todo o tempo em que a pessoa estiver presa.

Como ilustração, imagine-se a seguinte situação: um homem decide ir a um jogo de futebol com seu automóvel, que deixa no estacionamento do estádio. Durante a partida, este homem se envolve em uma briga nas arquibancadas, causando lesões graves em outra pessoa. A polícia é prontamente acionada e efetua a prisão em flagrante do cidadão. Como a prisão autoriza a busca pessoal, os policiais revistam o homem e não encontram nada além de seu celular, sua carteira e a chave do carro. Conhecedores da lei, e sabendo que a busca em automóveis no Brasil é equiparada à busca pessoal, os policiais dirigem-se até o carro do detido, e contra a sua vontade revistam todo o interior, até acharem uma pouca quantidade de maconha. Os policiais em seguida encaminham o homem até a delegacia, onde ele é autuado pela lesão corporal e pela posse de drogas para consumo próprio. Esta busca, conduzida dentro do carro do preso, foi legal? Já que o sujeito já estava preso em flagrante, sua liberdade já estava violada, poder-se-ia também violar a sua privacidade sem que existisse fundada suspeita da prática de qualquer crime envolvendo o carro?

Em outro exemplo, imagine-se uma empresária que possui contra si um mandado de prisão preventiva em aberto, do qual ela obviamente não tem ciência, durante uma investigação pela prática do crime de lavagem de dinheiro. Ela está prestes a viajar para o

²⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Sousa. Código de processo penal comentado..., p. 590.

exterior de folga durante um feriado de quatro dias. Ao tentar passar pela imigração, no aeroporto, ela é presa pela Polícia Federal. O mandado de prisão preventiva é claro em determinar somente a prisão da mulher, sendo silente quanto à possibilidade de realização de qualquer busca, assim como a decisão que determinou a sua captura. Antes de encaminhar a detida para a delegacia, os policiais responsáveis pela prisão efetuam uma minuciosa busca corporal, inclusive na bolsa e na bagagem da mulher. Dentro da bolsa, os policiais encontram o aparelho celular da empresária, que não possuía senha para a sua liberação. Eles decidem vasculhar o conteúdo do aparelho, mesmo que sem saber o que poderiam encontrar nele, e sob protestos da detida, argumentando que se trataria de uma busca pessoal, autorizada após a prisão, e que o mesmo valeria para a busca realizada em sua bagagem, que não continha nada além de roupas e outros objetos íntimos. A busca no aparelho celular desta mulher foi legal? E a busca em sua bagagem? Porque a busca pessoal é aquela realizada também nos objetos que a pessoa porta consigo, a violação à sua intimidade estaria autorizada mesmo quando não houver fundada suspeita de que exista corpo de delito ou arma proibida dentro destes objetos, apenas porque a pessoa foi presa?

Se as regras dos artigos 240 e 244 do Código de Processo Penal forem interpretadas de maneira restrita, então sim, todas as buscas foram legais. Como existem apenas as duas espécies de busca no processo penal brasileiro, a pessoal e a domiciliar, e como a prisão autoriza a busca pessoal, a interpretação mais lógica é a de que uma vez estando a pessoa presa, toda espécie de busca pessoal estará autorizada.

Contudo, mais uma vez a experiência americana tem algo a nos mostrar. Apesar de muito vacilante neste ponto, há uma decisão que até hoje é utilizada para embasar casos envolvendo a busca decorrente da prisão, ou, no termo americano, a *search incident to arrest*. Embora este caso trate propriamente de uma busca domiciliar, alguns conceitos gerais devem ser observados, pois foram transportados pela própria Suprema Corte para buscas em veículos e em aparelhos eletrônicos.

Trata-se de *Chimel v. California* (1969). Ted Chimel foi preso em sua residência em cumprimento a um mandado de prisão expedido pelo roubo de uma loja de moedas. Após efetuarem a prisão de Chimel, três policiais procederam com uma minuciosa busca em toda a sua residência, que durou por volta de uma hora, encontrando algumas moedas, medalhas e outros objetos que foram utilizados como prova no processo que o condenou. A Suprema Corte decidiu julgar o caso para determinar se a busca realizada em toda a casa do preso era ou não constitucional.

A SCOTUS concluiu que a busca realizada em toda a casa era inconstitucional, afirmando que além de possuir o direito de buscar o corpo da pessoa presa para remover quaisquer armas, para a garantia da segurança, e de ser inteiramente razoável que se possa buscar por provas ou indícios no corpo da pessoa detida, para que se previna o seu ocultamento ou destruição, também era razoável que se procedesse com uma busca apenas nas áreas imediatamente controladas pelo preso. Diz a opinião da Corte:

“When an arrest is made, it is reasonable for the arresting officer to search the person arrested in order to remove any weapons that the latter might seek to use in order to resist arrest or effect his escape. Otherwise, the officer's safety might well be endangered, and the arrest itself frustrated. In addition, it is entirely reasonable for the arresting officer to search for and seize any evidence on the arrestee's person in order to prevent its concealment or destruction.

And the area into which an arrestee might reach in order to grab a weapon or evidentiary items must, of course, be governed by a like rule. A gun on a table or in a drawer in front of one who is arrested can be as dangerous to the arresting officer as one concealed in the clothing of the person arrested. There is ample justification, therefore, for a search of the arrestee's person and the area "within his immediate control" - construing that phrase to mean the area from within which he might gain possession of a weapon or destructible evidence.

There is no comparable justification, however, for routinely searching any room other than that in which an arrest occurs - or, for that matter, for searching through all the desk drawers or other closed or concealed areas in that room itself. Such searches, in the absence of well-recognized exceptions, may be made only under the authority of a search warrant. The "adherence to judicial processes" mandated by the Fourth Amendment requires no less.²⁰⁵

A Corte ainda se posicionou quanto ao argumento de que seria razoável realizar a busca em uma residência desde que a pessoa fosse presa dentro dela, afirmando que:

²⁰⁵ Em tradução livre: Quando uma prisão é efetuada, é razoável que o policial que a executa realize uma busca na pessoa para remover quaisquer armas que o preso puder procurar usar para resistir à prisão ou auxiliar na sua fuga. Do contrário, a segurança do policial pode estar em risco e a prisão pode ser frustrada. Além disso, é inteiramente razoável que o policial que executa a prisão busque e apreenda qualquer evidência na pessoa presa, para prevenir o seu ocultamento ou destruição. E a área na qual o preso puder alcançar uma arma ou objetos probatórios deve, certamente, ser governada por uma regra similar. Uma arma de fogo em uma mesa ou uma gaveta em frente a alguém que foi preso pode ser tão perigosa para o policial quanto uma escondida nas roupas da pessoa presa. Existe ampla justificativa, portanto, para a busca na pessoa presa e na área dentro de seu controle imediato – construindo-se a frase para significar a área na qual ele possa obter a posse de uma arma ou de evidências destrutíveis. Não existe justificativa equiparável, entretanto, para sistematicamente buscar qualquer outro cômodo que não seja aquele em que a prisão aconteça – ou, além disso, para buscar em todas as gavetas de escrivaninhas ou outras áreas ocultas no próprio cômodo. Tais buscas, na ausência das exceções já bem delineadas, podem ser executadas somente sob a autoridade de um mandado de busca. A adesão ao processo jurisdicional determinada pela Quarta Emenda exige não menos do que isto.

“that argument is founded on little more than a subjective view regarding the acceptability of certain sorts of police conduct, and not on considerations relevant to Fourth Amendment interests. Under such an unconfined analysis, Fourth Amendment protection in this area would approach the evaporation point. It is not easy to explain why, for instance, it is less subjectively "reasonable" to search a man's house when he is arrested on his front lawn - or just down the street - than it is when he happens to be in the house at the time of arrest.”²⁰⁶

Esta busca se justifica, pois, não na privação da liberdade do preso, mas para evitar que o detido se apodere de armas que possam colocar os envolvidos em risco ou facilitar a sua fuga, assim como para evitar que este possa se apoderar de provas ou indícios e os ocultar ou destruir. É esta a razão que autoriza a busca decorrente da prisão, e não uma extensão da restrição à liberdade.

Assim, na ausência de um mandado de busca domiciliar, a mera prisão de *Chimel* dentro de sua casa não autorizaria a busca em todo o lugar, mas somente no seu corpo e nos locais que estiverem sobre seu controle imediato, para evitar que possa se armar, esconder ou inutilizar provas.

Utilizando estes parâmetros propostos em *Chimel*, as três hipóteses propostas acima seriam resolvidas de maneira diversa.

A primeira busca, no carro estacionado no estádio, certamente não seria razoável, porque o carro não estava sobre controle imediato da pessoa. Ainda que se pudesse argumentar que poderia haver alguma prova útil ao processo dentro do carro (poderiam haver por exemplo materiais de torcidas organizadas violentas que possam ser utilizados pela acusação para demonstrar a personalidade violenta do acusado, justificando um aumento em sua pena), a ausência de controle do preso sobre o interior do veículo torna virtualmente impossível que qualquer prova fosse ocultada ou destruída dentro dele, de modo que seria plenamente possível e recomendável que a autoridade policial obtivesse um mandado antes de buscar o interior do veículo.

A busca na bagagem da empresária também não seria razoável, visto que não poderia haver qualquer medo de que ela pudesse se apropriar de uma arma que estivesse na bagagem, que afinal já havia passado pela segurança interna do aeroporto, que inclui potentes detectores de metal e aparelhos de raio-x. Se não era possível que a mulher tomasse o controle

²⁰⁶ Em tradução livre: Este argumento é fundamentado em pouco mais do que a visão subjetiva a respeito da aceitabilidade de certos tipos de conduta policial, e não em considerações relevantes para os interesses da Quarta Emenda. Sob esta análise limitada, a proteção da Quarta Emenda nesta área praticamente evaporaria. Não é fácil explicar porque, por exemplo, é subjetivamente menos razoável a busca na casa de um homem quando ele é preso no recuo frontal de sua residência - ou na sua rua, há poucos metros de casa - do que quando acontece dele estar dentro de sua casa no momento da prisão.

da mala, ocultando ou destruindo provas que ali estivesse, uma vez que esta já estava de posse dos agentes policiais, não haveria motivo que justificasse a dispensa do mandado judicial de busca. A mala, portanto, deveria ficar acautelada pela Polícia até que fosse expedido o mandado necessário.

Por fim, a busca no seu aparelho celular a princípio também não seria razoável, pois o aparelho é facilmente acautelado até que se obtenha o mandado de busca. Como acima exposto, este posicionamento foi alcançado tanto pela SCOTUS, em *Riley v. California* (2014), quanto pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 51.531. Contudo, ainda haverá intensa discussão quanto à possibilidade de busca de dados digitais, uma vez que estes podem ser apagados, ocultados ou até mesmo propagados remotamente, dispensando até mesmo a atuação direta da pessoa detida.

Mas os parâmetros de *Chimel* seriam aplicáveis no processo penal brasileiro, ou deve-se seguir estritamente o que diz o Código de Processo Penal? Penso que é possível adaptar algumas situações para o Brasil, mas não todas. Por exemplo, sem distorcer a interpretação da lei brasileira, é possível compreender como ilegal a busca realizada no veículo do exemplo do sujeito que briga no estádio. Isto porque apesar da busca no automóvel ser considerada busca pessoal, nesta situação resta claro que o carro tem pouquíssima relação com as razões da prisão do suspeito, inexistindo qualquer interesse direto no seu varejo imediato. A busca realizada na bagagem da empresária, entretanto, dificilmente poderia ser considerada como ilícita no Brasil, por absoluta ausência de previsão legal, enquanto há uma regra que claramente autoriza a busca pessoal nos casos de prisão.

Como as buscas sem autorização judicial são uma exceção, e sendo a busca decorrente da prisão uma busca sem prévia autorização judicial, seria razoável a criação de um parâmetro que, visando salvaguardar a intimidade do preso, permitisse esta espécie de busca somente com a finalidade de garantir a segurança dos envolvidos e das agências policiais e penitenciárias, assim como para evitar a interferência do detido na instrução probatória.

Esta parece uma medida sadia e mais coerente do que a simples justificativa de que “quem pode mais pode menos”, contudo, a sua adoção dependeria de uma intervenção legislativa que a estipulasse, ou a menos da declaração de uma interpretação conforme a Constituição desta primeira parte do artigo 244 do Código de Processo Penal pelo Supremo Tribunal Federal.

4.5.2 A fundada suspeita

O artigo 244 do Código de Processo Penal também dispensa o mandado de busca “quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”.

As armas proibidas, como se disse, são aquelas descritas no estatuto do desarmamento, havendo ainda a possibilidade de considerar entre estas também as armas brancas cuja posse é restrita por regulamentação municipal. No caso das armas de fogo que são objeto do estatuto do desarmamento, é importante notar que elas também constituem corpo de delito, afinal são a materialidade do crime de porte de arma e devem ser apreendidas e periciadas.

Como corpo de delito deve-se entender tudo aquilo que é diretamente relacionado ao crime. Tanto o seu objeto, quanto produtos e instrumentos utilizados, além de quaisquer outros objetos que possam comprovar diretamente a materialidade do crime. Um extrato bancário, por exemplo, pode constituir corpo de delito do crime de sonegação fiscal. Um celular roubado é corpo de delito do crime tanto quanto a arma usada pelos autores.

Ao contrário do que sustenta Badaró, a exigência de fundada suspeita necessária para a condução da busca pessoal é diferente e menos rigorosa do que as fundadas razões que são necessárias para a condução da busca domiciliar. Diz o autor que “para o deferimento da busca pessoal, assim como em relação à busca domiciliar, é necessário que haja ‘fundadas razões’ que a autorizem”²⁰⁷.

Com razão o autor no tocante à busca domiciliar, afinal o parágrafo 1º do artigo 240 do Código de Processo Penal determina que “proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem...”. Contudo, o parágrafo 2º do mesmo artigo claramente determina que “proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior”.

Não parece que o legislador utilizou termos distintos sem motivo. A troca da expressão *fundadas razões*, exigida para a busca domiciliar, pela *fundada suspeita*, exigida para a busca pessoal, se justifica na exigência, para o caso desta última, de um grau de certeza menor de que a pessoa porte os objetos listados no referido parágrafo 1º.

²⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal..., p. 495.

Vale lembrar que o citado parágrafo 2º trata das hipóteses de realização de busca pessoal nas quais é imprescindível a obtenção prévia de mandado judicial. É dizer, o mesmo grau de certeza é exigido para as duas hipóteses de busca pessoal. Sempre que um policial realizar uma busca pessoal sem prévia autorização judicial, para que seja posteriormente verificada a sua legalidade, deverá o magistrado competente concordar que, se antes de realizar a busca o policial tivesse-lhe representado pela expedição de um mandado de busca, o pedido seria atendido pelo juiz. Se o julgador entender que não havia motivos para a expedição de um mandado de busca antes da realização do ato, então a busca realizada foi ilegal.

Conceituar a expressão *fundada suspeita* é uma tarefa difícil. Aury Lopes Jr. a trata como “uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial”²⁰⁸.

Pouco adiante, afirma o autor que:

“trata-se de ranço autoritário de um Código de 1941. Assim, por mais que se tente definir a ‘fundada suspeita’, nada mais se faz que pura ilação teórica, pois os policiais continuarão abordando quem e quando eles quiserem. Elementar que os alvos são os clientes preferenciais do sistema, por sua já conhecida seletividade”²⁰⁹.

Embora se reconheça verdade à crítica do autor, ainda assim é preciso algum esforço no sentido de compreender a *fundada suspeita*, afinal, quer se goste quer não, é este o parâmetro legal para a realização das buscas pessoais, com e sem mandado judicial.

Badaró, também crítico da expressão, dá um passo adiante para afirmar que “suspeita é uma mera conjectura ou desconfiança, mesmo que frágil, de alguma coisa ou contra alguém. Trata-se de um estado subjetivo, cuja demonstração não tem um referencial concreto seguro”²¹⁰.

De fato, a expressão *suspeita* remete à mera conjectura, pressentimento, se aproximando mais de uma opinião que de uma conclusão ou uma inferência. Contudo, as suspeitas podem ser mais ou menos embasadas em elementos concretos, ou seja, mais ou menos fundadas.

²⁰⁸ LOPES JR. Aury. Direito processual penal..., p. 739.

²⁰⁹ LOPES JR. Aury. Direito processual penal..., p. 739.

²¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal..., p. 496.

Isto porque *fundada* tem o sentido de fundamentada, justificada. Ou seja, não basta a mera opinião do policial sobre a pessoa, é preciso que ela seja embasada, fundamentada, em elementos concretos que ele possa apontar

O conceito deve ser necessariamente aberto devido à amplitude das situações que podem ocorrer na prática, o que faz tornar indispensável o controle jurisdicional, ao menos *a posteriori*.

Assim, pode-se entender que caracteriza o parâmetro da fundada suspeita aquela conjectura subjetiva visualizada pelo agente policial sobre determinada pessoa, desde que acompanhada de uma fundamentação embasada sobre elementos concretos que devem ser demonstrados pelo agente ao juízo, seja para a obtenção do mandado de busca, seja para justificar a ocorrência de uma situação de dispensa do prévio controle judicial.

Contudo, como afirma Fauzi Choukr, “não existem parâmetros claros dados pela lei para identificação da chamada ‘fundada suspeita’”²¹¹. É dizer, não existem regras que regulamentem este critério fundamental para a verificação da legalidade das buscas pessoais, e na ausência de regras aplicam-se os princípios. Sob este ponto de vista, a fundada suspeita pode ser vista como a própria resolução da colisão entre o direito fundamental à privacidade da pessoa sobre a qual recai a busca e os direitos protegidos pelas normas penais que ela é suspeita de transgredir.

O resultado do sopesamento entre estes direitos e os demais envolvidos no caso concreto resultaria na verificação da presença ou da ausência de fundada suspeita para a realização da busca pessoal. Se em determinada situação for prevalectente o direito à privacidade, não haveria fundada suspeita para a realização da busca, se a intimidade da pessoa não prevalecer, a busca restaria autorizada.

Esta proposição permitiria a conjugação ideal entre os diferentes níveis de busca e os diferentes níveis de privacidade da pessoa. Isto porque, fatores como o nível de intimidade que foi atingido seriam considerados como circunstâncias do sopesamento, permitindo que o controle jurisdicional posterior considerasse, por exemplo, o breve apalpamento do exterior das vestes como autorizado, já que havia fundada suspeita do porte de arma de fogo proibida, mas como ilegal a invasão do interior dos bolsos das calças, já que, em regra, não é possível ocultar uma arma de fogo no bolso de uma calça jeans.

Como exemplo, imagine-se a seguinte situação: um policial fardado e em serviço está patrulhando a pé determinado parque de um grande município. Ele recebe em seu rádio

²¹¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de processo penal..., p. 515.

de comunicação um chamado para procurar por dois suspeitos de furto de telefones celulares de alguns visitantes do parque, que não souberam descrever os criminosos. O policial caminha até as proximidades do local do furto e passa a procurar por suspeitos. Sua atenção é atraída para dois adolescentes negros e pobres, que destoam dos demais visitantes do parque, em geral brancos e ricos. Ele não vê nenhum aparelho de telefone celular na posse dos dois adolescentes, mas percebe que ambos ficam assustados ao perceberem a presença de um policial fardado. Com base somente nestas informações, o policial aborda os dois jovens e executa a busca nos bolsos internos das roupas de ambos.

Tradicionalmente, para verificar a legalidade desta busca, o ponto nevrálgico seria analisar se o fato de duas pessoas negras estarem em um lugar de maioria branca, e estas duas pessoas mostrarem desconfiança na presença de um policial fardado, constituiria a fundada suspeita exigida pelo artigo 244 do Código de Processo Penal. A maioria dos juízes no Brasil até hoje ratificariam a legalidade desta busca e admitiram qualquer prova encontrada na posse dos jovens, mesmo que não fosse relacionada ao furto de celulares, pois a suspeita do policial estaria fundamentada na cor, na condição socioeconômica e na atitude dos suspeitos, ou seja, na suspeita genérica do policial que aqueles jovens podem ser criminosos. Todos os dias jovens de favelas e periferias, em sua maioria pobres e negros, são alvos de buscas cuja fundada suspeita se resume a nada além de sua cor e sua condição socioeconômica.

De outra forma, a legalidade desta busca no parque poderia ser analisada da seguinte forma: primeiramente, devem-se identificar os direitos em colisão no caso concreto. Os dois adolescentes tiveram, sem dúvida, a sua privacidade violada pela busca conduzida em seus corpos e no interior de suas vestes. De outra partida, o policial buscava resguardar o direito de propriedade das pessoas furtadas. Constituem outras circunstâncias do caso concreto o temor dos jovens ao policial, o chamado do rádio que informou ao policial sobre a ocorrência de furto e a subjetividade consubstanciada na experiência do policial em perceber movimentações atípicas. Podem também ser considerados como princípios colidentes a ordem pública ameaçada pelos crimes no local, e os direitos de liberdade e de personalidade dos adolescentes. Estão ausentes, neste primeiro momento, circunstâncias como o risco de perecimento ou de destruição da prova. Assim, o resultado deste sopesamento caracterizaria a presença ou não da fundada suspeita autorizadora da busca pessoal. Se o direito a privacidade dos adolescentes for prevalecente, quer dizer que os fundamentos da suspeita (as circunstâncias do caso concreto no sopesamento) do policial não justificariam a intromissão na sua intimidade. Se o direito a propriedade das vítimas prevalece, a suspeita do agente

público possuía fundamentos concretos e individualizáveis que permitiria a invasão da privacidade.

Embora pareça apenas uma forma mais complexa de se chegar ao mesmo resultado, há algumas vantagens em tratar a solução desta maneira.

Primeiro, pois este sopesamento permite verificar com alguma flexibilidade, no caso concreto, se determinado nível de busca é uma invasão indevida a determinado nível da privacidade da pessoa. Assim, se o policial no parque tivesse apenas apalpado o exterior das vestes dos jovens, o resultado do sopesamento poderia ser diferente, pois seria realizado sob outras circunstâncias. Ao contrário do critério tradicional, que é rígido (presente a fundada suspeita, todos os níveis de busca e todos os níveis de invasão da privacidade estão autorizados), este modelo permite que se vislumbre como possível que a suspeita do policial seja fundada o suficiente para autorizar o apalpamento externo das vestes, mas insuficiente para autorizar a busca dentro do interior dos bolsos, mochilas e outros objetos íntimos.

Além disso, para que seja realizado este sopesamento é preciso que se aponte o direito que o policial pretendia resguardar com a realização da busca, seja ele individual ou coletivo, sendo, porém, insuficiente apontar tão somente o direito coletivo de manutenção da ordem pública. A ordem pública também é perturbada quando policiais passam a abordar e buscar pessoas inocentes na rua.

Assim, para que seja possível realizar o sopesamento, a suspeita do policial precisa ser individualizada e concreta. Não é preciso que se aponte com alto grau de certeza qual é exatamente o crime cometido e o que será encontrado na posse da pessoa, mas é imprescindível que se aponte com alguma base empírica concreta algumas características do crime que a pessoa é acusada de cometer, bem como o que se espera encontrar em sua posse, e por quais razões.

Não seria preciso ao policial do parque apontar precisamente se os jovens são suspeitos de cometer um roubo ou um furto, mas é preciso que ele possa apontar elementos concretos que indiquem a suspeita de que os jovens cometeram algum crime. E estes elementos concretos é que devem indicar qual espécie de crime o policial está apurando. No nosso exemplo, o policial recebeu um chamado pelo rádio para apurar o crime de furto, por isto há um elemento concreto que indica que ele estaria procurando suspeitos da prática deste crime contra o patrimônio. Restaria analisar se o conjunto dos elementos do caso concreto autorizaria a invasão da privacidade daqueles jovens em específico, pela ameaça à propriedade dos visitantes do parque.

Assim, não seria possível realizar uma busca pessoal sem que a suspeita do agente policial fosse individualizável, ou seja, sem que ele suspeite que algum direito está sendo violado e saiba apontar, com base nas circunstâncias do caso concreto, com algum mínimo grau de certeza, qual direito é este, pois senão não haveria um direito a ser sopesado com a privacidade das pessoas sobre as quais recai a busca.

Por fim, ainda que este método seja mais complexo, é preciso admitir que ele propõe um modelo cujo foco está na fundamentação da suspeita do policial, que deverá recair em elementos concretos que permitam a violação à privacidade das pessoas. O modelo tradicional parece se preocupar mais em definir o que deve e o que não deve ser considerado como fundada suspeita, esquecendo o que deve ser visto como o ponto mais importante, a fundamentação que torna uma suspeita, fundada.

Neste ponto, é preciso notar que, muitas vezes, os direitos que o Estado pretende proteger por meio da busca pessoal foram muito pouco afetados no caso concreto, enquanto a busca representa uma violência muito grande à privacidade das pessoas.

É o que acontece na busca por drogas para consumo próprio. Imagine-se que um policial suspeita que determinada pessoa porta consigo um cigarro de maconha, pois a viu com um cigarro artesanal em mãos, e, quando esta viu que havia chamado a atenção do policial, guardou o cigarro apressadamente e procurou se distanciar. Caso o agente aborde e busque os bolsos desta pessoa procurando por drogas, argumentando ter a fundada suspeita de que ela portava um cigarro de maconha, seria preciso realizar o sopesamento entre a sua privacidade e a saúde pública, princípio de direito fundamental tutelado pelo crime do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Embora a primeira vista possa parecer que o direito coletivo sempre prevalecerá sobre o individual, é preciso reconhecer que, nesta hipótese, o benefício à saúde pública obtido com a conduta do policial é próximo do irrelevante, ao passo que a invasão à privacidade do indivíduo pode ser muito grande, especialmente tendo em vista as buscas truculentas e abusivas conduzidas pela polícia, de modo que seria necessária uma fundamentação sólida com uma carga elevada que permitisse a violação a privacidade para garantia da saúde pública sob estas circunstâncias.

4.5.3 A busca pessoal no curso da busca domiciliar

A maior parte da doutrina entende que o que autoriza a busca pessoal no curso da busca domiciliar é a mentalidade do “quem pode o mais pode o menos”. Neste sentido, Nucci afirma que:

“se a medida mais grave, que é a violação do domicílio, conta com a ordem judicial, seria ilógico não poder o exequente revistar as pessoas encontradas no local, mormente porque as provas buscadas poderiam ser colocadas nos bolsos ou pertences pessoais, inviabilizando o sucesso da diligência.”²¹²

Badaró, com o mesmo posicionamento, diz que “se há ordem judicial para a busca domiciliar, não teria sentido que não se pudesse fazer busca nas pessoas que estejam na casa a ser revistada”²¹³. Aury Lopes Jr. se posiciona no mesmo sentido, acrescentando que:

“foi judicialmente autorizada a busca domiciliar, de modo que a revista dos presentes é englobada e imprescindível para a obtenção da prova buscada. Ainda que não houvesse essa disposição expressa, o art. 240, § 2º, ‘h’, autorizaria a busca pessoal de quem na casa estivesse.”²¹⁴

Contudo, há uma hipótese que é preciso levantar. Atualmente o Brasil avança no combate à criminalidade empresarial, buscando investigar e punir crimes que até então não era perseguidos com tanta intensidade. Nesta nova mentalidade, tornou-se comum a expedição de mandado de busca nos domicílios das empresas, visando à obtenção de provas para a instrução processual.

Ocorre que muitas dessas empresas possuem centenas, e até milhares de funcionários, que trabalham diariamente naquele local e que em sua ampla maioria em nada tem a ver com os delitos cometidos pelas cúpulas empresariais. Estes funcionários são porteiros, faxineiros, secretários, ascensoristas, estagiários, copeiros e muitos outros que não possuem qualquer poder decisório na gestão da empresa e sobre os quais não recai a mínima suspeita de que tenham praticado qualquer conduta criminosa. Pois se foi expedido mandado de busca e apreensão para o domicílio de uma empresa, estaria autorizada a busca pessoal em todos estes funcionários?

Em se aceitando a regra do artigo 244 do Código de Processo Penal, sim. Uma vez mais a ausência de parâmetros legislativos para a execução da busca torna permissível a invasão injustificada da privacidade. Contudo, até a aceitação desta regra cria problemas de ordem prática.

²¹² NUCCI, Guilherme de Sousa. Código de processo penal comentado..., p. 590.

²¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal..., p. 495.

²¹⁴ LOPES JR. Aury. Direito processual penal..., p. 741.

Imagine-se que uma destas empresas com milhares de funcionários é alvo de uma busca realizada por agentes da Polícia Federal que pretendem apreender provas e indícios da prática pelos dirigentes do crime de lavagem de dinheiro. Ao chegar ao local, eles realizam uma minuciosa busca nos gabinetes dos diretores e nas salas de reunião, mas estão insatisfeitos com a quantidade de material probatório arrecadado. Eles pensam que algumas secretárias estão acobertando seus chefes. Com essa suspeita, eles revistam também as mesas e gavetas das secretárias, e permanecem insatisfeitos. Eles então revistam uma a uma todas as cinco secretárias e encontram dentro da bolsa da última um *tablet* que apreendem. A busca no corpo e nos pertences pessoais das cinco secretárias foi legal?

Novamente, pela regra processual penal brasileira, sim, a busca foi legal. Mas é valioso prosseguir com a reflexão. Se o mandado de busca no domicílio empresarial autoriza a busca nas cinco secretárias, o que aconteceria se o *tablet* buscado não estivesse em poder de uma delas? Os policiais procederiam com a revista indistinta de todos os milhares de funcionários que estivessem no local? Ainda que por questões pragmáticas, os agentes precisariam selecionar alguns dos funcionários para revistar. Penso que esta seleção não poderia se dar de maneira aleatória, sob pena de ferir injustificadamente a privacidade de alguns em detrimento de outros. Seria preciso haver algum critério que justificasse a escolha dos policiais pelas pessoas que iriam buscar, e esse critério não poderia ser outro senão a fundada suspeita de que a pessoa estivesse na posse do corpo de delito que se pretende encontrar. Ausente uma fundada suspeita, tal como nos moldes expostos no tópico anterior, não enxergo como plausível a justificativa do “quem pode o mais pode o menos” para fundamentar a execução de uma busca pessoal aleatória e indistinta em funcionários de uma empresa cujos dirigentes, e apenas os dirigentes, são investigados por determinados crimes.

4.6 A busca em veículos

Entre nós a busca em veículos é classificada como busca pessoal, o que vem se afirmando ser insuficiente, por não ser possível equiparar, em nenhuma hipótese, a busca conduzida dentro de um carro com aquela conduzida na superfície do corpo humano e no interior das vestes. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho sustenta que:

“Quanto à busca em veículo em via pública, há que se dizer que quem transita em via pública cede parcela de sua proteção constitucional à intimidade. Por isso que não é de aproveitar-se a proteção ao domicílio para os veículos de transporte público ou particular. Em

consequência, a proteção a quem transite em um automóvel deve ser a mesma de quem transita na rua, a pé, estando regulada pelo art. 244 do Código de Processo Penal, que disciplina a busca pessoal. Assim é lícita a busca em automóveis quando houver fundada suspeita de seu uso no transporte de armas e de objetos que constituam corpo de delito, ou nos quais esteja sendo praticada alguma infração penal em estado de flagrância.”²¹⁵

Inicialmente, é preciso se posicionar no sentido de que, por mais que o trânsito em via pública implique em uma redução ínfima do direito de privacidade, este fato sozinho não é autorizador de nenhuma espécie de busca. Ninguém pode ser buscado tão somente porque estava na rua, nem isto deve ser utilizado como circunstância que fundamente a suspeita. Ademais, o raciocínio do autor deve pressupor, como a fundamentação para considerar a busca em veículos como busca pessoal é o fato de que ele transita em via pública, que enquanto os carros estiverem estacionados em garagens particulares deverão ser considerados como domicílio e, portanto, sujeitos às regras do artigo 240 do Código de Processo Penal.

Alberto Binder já se posicionou no sentido de que o automóvel deveria ser equiparado ao domicílio, afirmando que:

“por domicílio deve-se entender aquele lugar onde a pessoa desenvolve as suas atividades primárias em um sentido amplo; pode tratar-se de sua residência ou do local onde desempenha seus negócios ou seu trabalho, sempre que se trate de sua atividade pessoal. [...] O mesmo se deve entender com relação a um automóvel, onde a pessoa passa parte de sua vida; para o interior de um automóvel ser revistado também necessitaria um mandado emitido por um juiz.”²¹⁶

A discussão se acirra quando se analisa o §4º do artigo 150 do Código Penal brasileiro, que tipifica a violação de domicílio. Diz o parágrafo: “A expressão ‘casa’ compreende: I – qualquer compartimento habitado; II – aposento ocupado de habitação coletiva; III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”.

Ora, em se utilizando esse conceito de domicílio, os taxis e caminhões, além de carros de outros motoristas profissionais, como os *uber*, deveriam ser considerados como domicílio e, portanto insuscetíveis de busca sem mandado, salvo nas hipóteses constitucionalmente previstas. Neste sentido, seria ilegal que a Polícia Rodoviária Federal

²¹⁵ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 123.

²¹⁶ BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Trad.: Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 139.

revistasse caminhões nas estradas sem mandado judicial ou sem um elevado grau de certeza que há estado de flagrância delitiva em seu interior.

Ademais, há também os *motor homes*, e outros veículos habitáveis. Deveriam estes ser considerados domicílio?

Neste ponto, Grandinetti afirma que “só se estende a proteção domiciliar aos veículos quando forem usados como domicílio, ou seja, com alguma permanência, nos casos de trailers ou embarcações”²¹⁷. Contudo, este critério se mostra de difícil verificação. Deveria o policial perguntar ao proprietário de um *motor home* se ele reside no veículo e há quanto tempo? Porque faria diferença se o sujeito mora em seu trailer há uma semana ou há dez anos? Ou se ele pretende morar por apenas um mês ou por cinco anos? Porque um trailer pode ser considerado domicílio, mas não um caminhão, se caminhoneiros dormem em seus veículos todos os dias?

Tenho para mim que a busca veicular se encontra em um nível entre a busca pessoal e a busca domiciliar, porque há dentro dos veículos significativa parte da personalidade e da privacidade de cada pessoa, em maior ou menor grau. Há pessoas que utilizam seus carros diariamente e outras que utilizam o automóvel para guardar roupas e outros objetos íntimos. Há também os caminhoneiros, que praticamente vivem em seus caminhões, nos quais passam mais tempo do que em suas casas. Além disso, frequentemente encontram-se nos carros extratos bancários, agendas pessoais, recibos de cartões de crédito e débito, e outros objetos pessoais que revelam traços da privacidade de cada um. Aqui também faz-se necessária a intervenção legislativa, para conferir à busca veicular uma categoria própria, sujeita aos seus próprios parâmetros de legalidade, inclusive para que seja possível discutir a legalidade das blitz policiais.

De qualquer forma, assiste razão a Grandinetti, quando afirma que no Brasil a busca em veículos deve ser regulamentada pelo artigo 244 do Código de Processo Penal, acrescentando que também o artigo 240, §2º, do Código a regulamenta, porque em alguns casos a busca veicular, mesmo sendo busca pessoal, dependerá de mandado. Nos casos em que a obtenção prévia de mandado judicial for dispensada, a busca em veículos somente poderá ser executada nas três hipóteses já estudadas.

Neste sentido, é preciso afirmar que o regramento brasileiro proíbe a condução de blitz policiais que abordam veículos aleatoriamente para a realização de buscas em seu interior. Por mais que se possa argumentar que a abordagem é permitida, como forma de

²¹⁷ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição...*, p. 123.

exercer o poder de polícia no trânsito e assegurar que os condutores estão devidamente habilitados, com os veículos licenciados, não é preciso para esta verificação realizar uma busca no interior do veículo, bastando que o próprio condutor apresente os documentos necessários. A efetiva busca no interior do veículo sem prévia autorização judicial somente deve ser autorizada quando preenchida alguma das hipóteses previstas no artigo 244 do Código de Processo Penal, sendo vedada se o critério for aleatório ou se a suspeita não for concretamente fundamentada.

Neste aspecto, um contra argumento muito utilizado pelos policiais é o alto risco de realizar abordagens no trânsito, pois os agentes não sabem o que os motoristas podem portar dentro do veículo. Contra isto, é preciso dizer que, se existir algum indício concreto que fundamente a suspeita do policial de que exista arma proibida no interior do veículo, a busca estará autorizada. Inexistindo elementos concretos de que a segurança das pessoas próximas esteja em risco ou que dentro do veículo exista corpo de delito, não há razões para a intromissão na privacidade dos motoristas.

Nos Estados Unidos, há muitos casos julgados pela Suprema Corte envolvendo a busca em veículos. Até hoje muitos deles se utilizam de fundamentos dos casos de *Terry* e *Chimel* acima citados. Lá, como aqui, se reconhece uma diminuída expectativa de privacidade nos veículos em relação aos domicílios, equiparada à das pessoas que transitam na rua. No caso de ameaça a segurança dos presentes, a polícia americana está autorizada a realizar uma busca similar à de *Terry*, sendo superficial e com o escopo exclusivo de encontrar armas que possam ser usadas contra o policial. Porém, para que a polícia realize uma busca em todo o veículo, incluindo o porta-luvas e o porta-malas, é necessária a presença da *probable cause* que o veículo tenha sido utilizado para a prática de crime ou que exista corpo de delito em seu interior.

4.7 A jurisprudência brasileira

Até muito recentemente, a jurisprudência brasileira relevante sobre a busca pessoal praticamente se resumia a um único precedente do Supremo Tribunal Federal, o *Habeas Corpus* nº 81.305, julgado em 2001. Nele, o Supremo concluiu que a fundada suspeita exigida para a realização da busca pessoal não pode se justificar somente em conclusões subjetivas dos policiais, exigindo elementos concretos que possam embasar a necessidade da revista.

No caso, o paciente havia sido revistado sob a justificativa de que, como usava um “blusão”, os policiais temiam que ele estivesse armado. Parece óbvio que usar uma determinada camisa não deve ser suficiente para preencher a fundada suspeita exigida para a busca pessoal. Diariamente no Brasil muitas pessoas são revistadas por motivos menores do que este. A decisão do Supremo neste *Habeas Corpus*, embora acertada, não foi capaz de estabelecer parâmetros sólidos que pudessem uniformizar a jurisprudência nacional para repelir buscas desproporcionais.

Contudo, muito recentemente a Suprema Corte julgou o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 117.767. Muito embora ainda não tenha sido publicado o acórdão, a decisão foi veiculada no informativo nº 834 do Supremo Tribunal Federal, de modo que é possível tecer alguns comentários iniciais.

Neste caso, um homem era investigado pela formação de cartel no mercado de gás de cozinha. Durante as investigações, agentes da polícia civil obtiveram mandado de busca e apreensão para o seu domicílio. Os agentes foram ao local e deram cumprimento ao mandado. Finda a diligência, os policiais lavraram o auto de apreensão, entregaram uma via ao investigado e foram embora. Pouco tempo depois, o homem telefonou para outra pessoa, contando sobre a busca realizada pelos policiais e dizendo que havia documentos de interesse da investigação dentro de seu veículo, que os policiais não haviam revistado. Ocorre que o sujeito era alvo de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas e, de posse dessas novas informações, os agentes voltaram à residência do sujeito, e buscaram e apreenderam os documentos no interior do veículo.

Nossa Suprema Corte concluiu pela legalidade da segunda busca realizada, constando do referido informativo nº 834 que:

“O Colegiado decidiu que as medidas cautelares, por reclamarem especial urgência, não prescindem de agilidade, mas também não podem se distanciar das necessárias autorizações legais e judiciais. Consignou, também, que as apreensões de documentos no interior de veículos automotores, por constituírem hipótese de busca pessoal – caracterizada pela inspeção do corpo, das vestes, de objetos e de veículos (não destinados à habitação do indivíduo) –, dispensam autorização judicial quando houver fundada suspeita de que neles estão ocultados elementos necessários à elucidação dos fatos investigados, a teor do disposto no art. 240, §2º, do CPP.”

Aparentemente, o Supremo Tribunal buscou fazer a distinção entre o carro que é utilizado como habitação, dando a entender que nesta hipótese a busca no veículo se equipararia à busca domiciliar. Sobre isto, é preciso repetir que exigir este critério não

encontra respaldo prático, por ser de difícil constatação se determinado veículo é ou não utilizado como residência, sendo insuficientes critérios imprecisos como o tempo que determinada pessoa mora ou planeja morar no seu carro. Será preciso que a pessoa prove que o veículo é sua residência? Como se dá essa prova? E se o veículo for uma residência, mas a pessoa dormir todos os dias na casa de sua namorada? Enfim, inúmeros problemas podem surgir a partir dessa classificação precária e imprecisa, que pretende, de alguma forma obscura, classificar um carro ou como uma pessoa ou como uma casa.

Ademais, há outra especificidade no caso julgado pelo Supremo, pois, ao que tudo indica, o carro do paciente se encontrava estacionado no interior de sua residência. Ora, por mais que a ausência de outras categorias possa permitir a inclusão do veículo na busca pessoal, me parece um exagero pressupor que isto permitiria invadir um domicílio sem a necessária ordem judicial.

Neste ponto de vista, seria preciso discutir se uma ordem judicial já cumprida poderia ser renovada para que os policiais refizessem a diligência, o que não me parece razoável. Numa análise superficial, feita precariamente ainda sem o conhecimento do acórdão a ser publicado, sinto que uma vez finda a diligência, fatos novos supervenientes exigem a obtenção de nova ordem judicial que autorize uma nova busca domiciliar.

Por fim, também é valioso citar o *Habeas Corpus* nº 0039710-13.2012.8.26.0000, julgado pela 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que foi concedida a ordem para a expedição de salvo conduto a um morador de rua, extensível a outros, que, em conjunto com outros moradores de rua e demais pessoas eram constantemente humilhados pelos policiais paulistas, que, em decorrência de uma operação de tolerância zero, realizavam abordagens aleatórias, discriminatórias e humilhantes na região da Cracolândia de São Paulo. A decisão se baseou também na aleatoriedade das abordagens e na ausência de fundada suspeita nas buscas realizadas, determinando que a polícia e a guarda civil se abstivessem de abordar, buscar, e remover pessoas, salvo por ordem judicial ou em caso de flagrante delito.

5. Considerações finais

Muito foi dito sobre a busca pessoal e ainda haveria muito para se dizer, não fosse o escopo deste trabalho tão limitado, o qual inclusive há muito se excedeu.

Diversas questões interessantes ficam pendentes para outros estudos. As buscas realizadas em fronteiras, presídios, aeroportos e locais de trabalho são alguns exemplos que

chamam a atenção e carecem de estudos nacionais aprofundados. As buscas realizadas em mulheres, especialmente em um momento de tão forte discussão de gênero na sociedade brasileira também merece o seu espaço.

Há também a questão do consentimento, que é de enorme relevância para a aferição da legalidade da busca pessoal, e da qual não foi possível tratar neste trabalho. Penso que, no Brasil, especialmente guardando-se em vista que a conduta das polícias em face de pessoas de classes menos favorecidas é muitas vezes indigna, o consentimento da pessoa sobre a qual recaiu a busca não deve ser utilizado como critério e nem sequer como circunstância do caso concreto. Na maioria das vezes, o consentimento das pessoas estará viciado, por fatores como o baixo grau de instrução de muitos dos *clientes preferenciais* do sistema penal e pela submissão cega à autoridade de grande parte da população, ranço autoritário nacional.

Além disso, discussões como a possibilidade de busca e apreensão de cartas, abertas, ou não, em face do mandamento constitucional da inviolabilidade das correspondências, previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, e a busca pessoal realizada em advogados, médicos e outros profissionais cuja profissão impõe um sigilo restritivo também devem ser debatidas com mais profundidade.

Outro tema de extrema relevância e que infelizmente não pôde ser abordado é a responsabilização dos agentes policiais que excederem dolosamente os limites legais de uma busca pessoal. Este assunto ganha especial relevância neste momento em que se discute a alteração da legislação do abuso de autoridade e, em uma posição inicial, me parece desejável que os agentes públicos possam responder por abuso de autoridade quando dolosamente executam buscas humilhantes e truculentas sem mandado judicial na ausência de fundada suspeita que a autorize.

Já a legitimidade para a condução da busca pessoal parece estar assentada na doutrina e na jurisprudência nacionais. Os agentes policiais, militares, civis ou federais, têm a competência para executar a diligência. A guarda municipal a princípio não tem o poder de polícia necessário para a execução de buscas pessoais, mas é relevante notar que eventual proposta de Emenda Constitucional pode alterar o regime constitucional das guardas municipais, futuramente autorizando as buscas conduzidas por estes agentes, o que parece ser uma medida completamente indesejável.

Por fim, como se procurou demonstrar a todo momento, a busca pessoal é um assunto de extrema relevância ao processo penal brasileiro, inclusive com implicações práticas que se desenvolvem no presente e continuarão a se desenvolver em um futuro

próximo e também distante, como a possibilidade de acessar dados constantes em aparelhos celulares e computadores.

Mas também há outros problemas passados e atuais que precisam de atenção, como o regramento da busca em veículos e a maior preocupação com a definição de critérios e parâmetros que regulamentem a busca em consonância com os direitos de privacidade e a personalidade dos indivíduos.

6. Conclusões

1. A busca pessoal encontra-se regulamentada no processo penal brasileiro principalmente pelos artigos 240, §§ 1º e 2º, e 244, do Código de Processo Penal.
 - 1.1. No Brasil existem apenas duas espécies de busca, a pessoal e a domiciliar.
2. A busca é um instrumento do sistema penal, que por sua vez é uma estrutura de controle social.
 - 2.1. As agências do sistema penal operam por meio dos processos de criminalização primária e secundária.
 - 2.2. Nestes processos de criminalização, as agências operam seletivamente, optando por perseguir com mais ênfase pessoas de classes socialmente menos favorecidas, os chamados *clientes preferenciais* do sistema penal.
 - 2.3. A polícia e a população estão em um conflito constante, que resulta em muitas mortes desnecessárias, sendo a busca pessoal um dos instrumentos que a polícia dispõe neste conflito.
 - 2.4. A maioria das buscas pessoais não será executada de acordo com os comandos constitucionais e legais, pois elas recaem, em sua maioria, sobre os clientes preferenciais do sistema penal.
3. A jurisprudência dos Estados Unidos da América é de grande valia para os estudos sobre a busca pessoal no Brasil, pois no direito norte americano o tema já é estudado de forma aprofundada há muitos anos.
 - 3.1. Nos Estados Unidos, há uma cláusula constitucional específica que protege os cidadãos contra as buscas e apreensões não razoáveis (*unreasonable searches and seizures*), a Quarta Emenda à Constituição.
 - 3.1.1. A Quarta Emenda foi levada à Constituição pelo *Bill of Rights*, ao fim da Revolução Americana.

- 3.1.2. A Quarta Emenda protege as pessoas, e não lugares. A privacidade dos cidadãos é um dos objetos de proteção desta emenda, mas não o único.
4. Busca e apreensão são dois institutos distintos, apesar de estarem tratados conjuntamente na legislação e na prática jurídica diária.
- 4.1. A busca é a procura por objetos, e tem a finalidade de encontrar coisas ou objetos que se pretende apreender.
- 4.2. A busca pessoal é aquela realizada na própria pessoa, em seu corpo, suas roupas e nos objetos que ela portar ou trazer consigo.
5. A busca é um instituto complexo, de natureza jurídica mista, que poderá ser de medida instrumental, de meio de obtenção de prova ou de medida cautelar.
6. A busca pessoal representa uma colisão entre o direito à privacidade da pessoa sobre a qual ela recai e os direitos tutelados pelas normas penais que a pessoa é suspeita de transgredir.
7. A busca pessoal não deve ser confundida com a abordagem policial.
- 7.1. A abordagem policial difere-se do mero encontro casual entre cidadãos e a polícia.
- 7.2. O que distingue a abordagem policial do encontro casual é a liberdade do cidadão de se afastar e ignorar a interpelação do agente público, sem que isso configure suspeita em seu desfavor.
- 7.3. A polícia não deve poder abordar indistintamente qualquer cidadão, devendo-se atentar para que a abordagem não seja uma invasão injustificada aos direitos a liberdade e a privacidade de cada pessoa.
- 7.4. Como no direito brasileiro não existem regras que disciplinem a abordagem policial, para a posterior verificação de sua legalidade deverão ser aplicados, nos casos concretos, os princípios.
8. O caso de *Terry v. Ohio* (1968) é um marco no direito norte americano, que fornece alguns parâmetros úteis para os estudos da abordagem policial e da busca pessoal.
- 8.1. Uma das lições retiradas de *Terry* é a de que os direitos à segurança, vida e integridade física dos policiais devem ser considerados quando do regramento das abordagens e buscas.
- 8.2. Outra das lições retiradas de *Terry* é a de que a busca pessoal pode se dar em diferentes níveis, que atingirão mais ou menos a privacidade da pessoa.
- 8.2.1. Neste aspecto, a busca pessoal completa (definida nestas conclusões no ponto 4.2.) e o apalpamento da parte externa das vestes devem ser vistos como diferentes níveis de busca pessoal.

- 8.2.2. Contudo, as buscas nas cavidades anais e vaginais, assim como aquelas que dependam de procedimentos médicos, devem ser vistas como intervenções corporais, merecendo seu regramento próprio.
9. A privacidade é um direito das pessoas, e não dos objetos ou dos lugares.
- 9.1. Como a privacidade das pessoas é subjetiva, de modo que cada um vê cada elemento de sua vida como mais ou menos íntimo, cada busca pessoal em concreto atingirá um determinado nível de privacidade dos indivíduos.
- 9.2. Para verificar objetivamente o nível de privacidade de cada pessoa que foi atingido, é preciso analisar elementos concretos que demonstrem a expectativa de privacidade que aquela pessoa possuía sobre determinado objeto ou local.
- 9.3. Também deve-se considerar o resultado da busca, e o que foi descoberto ou explorado pelos agentes policiais, para verificar se a expectativa de privacidade de alguém foi injustamente violada.
- 9.4. Nos Estados Unidos, *Katz v. United States* (1967) é um marco para o teste da expectativa de privacidade.
- 9.5. Em *Katz* a Suprema Corte Norte Americana assentou que o modo como o indivíduo trata as informações íntimas é de vital importância para verificar a razoabilidade da intromissão na vida privada de cada um.
10. As buscas pessoais no Brasil, em regra, dependerão da prévia expedição de mandado judicial para a sua realização.
- 10.1. A prévia expedição de mandado judicial é um indispensável para a legalidade das buscas, como forma de garantir que só se invada a privacidade de cada cidadão com a devida supervisão da autoridade jurisdicional neutra.
- 10.2. Com a prévia expedição de mandado judicial, o controle da busca não se dá apenas antes da realização da diligência, mas também durante (pois o mandado deve especificar exatamente o que será buscado), e depois (pois a autoridade policial é obrigada a reportar ao juízo o resultado da busca e a apresentar o rol de itens apreendidos).
- 10.3. Sendo a busca sem mandado uma exceção, ela idealmente deveria se prestar exclusivamente para medidas urgentes, onde não seja possível aguardar a expedição da ordem judicial para a sua realização, seja porque existe a suspeita de que a segurança e a integridade dos envolvidos estejam em risco, seja porque se teme que o corpo de delito em posse da pessoa possa perecer, ser ocultado ou destruído.

11. O artigo 244 do Código de Processo Penal elenca as três hipóteses em que será dispensado o mandado de busca para a realização de uma busca pessoal.
 - 11.1. São elas: (1) a busca decorrente da prisão; (2) a busca realizada quando houver fundada suspeita de que a pessoa porte consigo arma proibida ou objeto ou papel que constitua corpo de delito; (3) a busca pessoal realizada no curso de busca domiciliar.
12. A busca decorrente da prisão não está suficientemente regulamentada pela legislação processual penal brasileira, existindo algumas lacunas em que a resposta proposta pelo Código de Processo Penal é evidentemente exagerada.
 - 12.1. Não se pode concordar com o argumento do “quem pode o mais pode o menos”. O que autoriza a busca pessoal decorrente da prisão não é o cerceamento do direito de liberdade.
 - 12.1.1. A prisão deve tolher tão somente o direito de liberdade de locomoção do preso, mantendo-se resguardados os outros direitos fundamentais do detido.
 - 12.2. O que justifica a busca pessoal decorrente da prisão é a necessidade de se resguardar a segurança das agências policiais e penitenciárias, bem como a necessidade de resguardar elementos probatórios que possam ser ocultados ou destruídos.
 - 12.3. Nos Estados Unidos, em *Chimel v. California* (1969), a Suprema Corte Norte Americana assentou que as buscas decorrentes da prisão somente são razoáveis se conduzidas no corpo da pessoa presa e em suas vestes, bem como nas áreas de seu imediato controle.
 - 12.3.1. Nesta mesma decisão, a Suprema Corte daquele país define as áreas em imediato controle da pessoa presa como aquelas em que ela pode se apoderar de uma arma para ser usada contra os policiais, ou que possa tomar posse de qualquer elemento probatório com a finalidade de ocultá-lo ou destruí-lo.
13. O artigo 244 do Código de Processo Penal também dispensa o mandado de busca “quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”.
 - 13.1. A mesma fundada suspeita exigida para a obtenção de um mandado de busca é aquela exigida para a realização de uma busca pessoal sem mandado. Contudo, a busca pessoal sem mandado só pode ser realizada nas hipóteses restritivamente previstas pelo artigo referido artigo 244.

- 13.2. Fundada suspeita é a conjectura subjetiva percebida pelo agente policial quando esta encontra suporte em elementos concretos que possam fundamentar o receio inicial.
- 13.3. No direito brasileiro não existem regras que disciplinem a fundada suspeita, o que faz atrair a aplicação dos princípios.
- 13.3.1. Sob este ponto de vista, a fundada suspeita pode ser compreendida como a própria resolução da colisão entre o direito à privacidade da pessoa e os direitos tutelados pelas normas penais que ela é suspeita de transgredir.
- 13.3.2. O resultado do sopesamento entre estes direitos e os demais envolvidos no caso concreto resultaria na verificação da presença ou da ausência de fundada suspeita para a realização da busca pessoal.
- 13.3.3. Se em determinada situação for prevalectente o direito à privacidade, não haveria fundada suspeita para a realização da busca, se a intimidade da pessoa não prevalecer, a busca restaria autorizada.
- 13.3.4. Este modelo permite a conjugação entre o grau de certeza que possuía o policial, o nível de intimidade que foi atingido e o nível de busca que se executou, que devem ser considerados como circunstâncias do sopesamento.
- 13.3.5. Além disso, este modelo também exige que seja possível, no momento da busca, apontar algum direito concreto que se pretende proteger com a realização da diligência. Se não for possível apontar concretamente algum direito protegido, não será possível realizar o sopesamento.
- 13.3.6. Este modelo propõe um deslocamento do esforço de identificar o que caracteriza ou não a fundada suspeita para o esforço de analisar os fundamentos que o policial apresenta para corroborar as suas convicções pessoais.
14. A busca pessoal conduzida a partir de uma busca domiciliar também não deve ser vista pela mentalidade do “quem pode o mais pode o menos”.
- 14.1. Não se deve aceitar o raciocínio de que somente a violação autorizada ao domicílio de alguém deve autorizar a violação completa a sua intimidade.
- 14.2. Em determinadas situações será preciso, ainda que por questões pragmáticas, selecionar as pessoas sobre as quais recairá a busca pessoal realizada no curso de uma busca domiciliar.
- 14.2.1. Nestas situações, esta escolha não deverá ser aleatória, exigindo-se para a sua legalidade a mesma fundada suspeita que exige o artigo 244 do Código de Processo Penal.

15. A busca em veículos é considerada no Brasil, via de regra, como busca pessoal.
 - 15.1. Alguns autores classificam a busca em veículos como busca domiciliar, o que não parece correto.
 - 15.2. Outros autores sustentam a posição que atualmente é defendida pelo Supremo Tribunal Federal: a de que somente certos veículos podem ser considerados domicílio, quando a pessoa efetivamente morar em seu interior.
 - 15.2.1. Ocorre que esta posição não é levada a seus reais efeitos, pois defendê-la implica em defender também que veículos profissionais, como caminhões, devam ser considerados domicílios, o que impossibilitaria a execução de blitz e fiscalizações em rodovias.
 - 15.3. De qualquer forma, com o regramento existente, a busca veicular no Brasil deve ser regulamentada pelo artigo 244 do Código de Processo Penal, exigindo-se a ocorrências de uma das hipóteses nele previstas para autorizar a sua realização sem mandado judicial.
 - 15.3.1. Neste sentido, as abordagens aleatórias em blitz policiais não autorizam a busca no interior dos veículos, mas somente a verificação da documentação do condutor e do veículo.
16. Há poucos precedentes relevantes no Brasil sobre a busca pessoal, sendo necessário aos nossos tribunais conferir uma maior atenção ao tema, que é de extrema relevância para o processo penal.

CONCLUSÃO

Talvez a principal conclusão que seja possível alcançar com este trabalho seja a de que é essencial que nossos legisladores, tribunais e estudiosos dediquem um pouco mais de atenção ao tema das buscas e apreensões, especialmente à busca pessoal.

De início, foi preciso reconhecer que o direito à privacidade é essencial para o indivíduo e para a sua personalidade, estando diretamente conectado ao direito de liberdade de cada um. A valorização da intimidade não significa o detrimento do que é público, mas apenas o reconhecimento de que cada ser humano precisa de um espaço de reclusão em que se sinta confortável para gerenciar com quais pessoas se dividirá alguns elementos da vida.

Como a privacidade de cada pessoa é inviolável, por força constitucional, o Estado tem o dever de não intervir na vida privada dos cidadãos, salvo se houver uma fundamentação constitucional que justifique a intromissão estatal. Desta fundamentação deve ser exigida uma elevada carga argumentativa, para que seja possível superar o status de inviolabilidade do direito à privacidade, e não apenas a citação de antigos brocardos.

Este direito à intimidade, essencial para a manutenção de uma sociedade sadia, é o principal direito de uma pessoa que é afetado quando um policial (um agente do Estado) realiza sobre ela uma busca pessoal. Mas a busca também se presta a proteger outros direitos, aqueles tutelados pela norma penal que a pessoa é suspeita de transgredir.

Assim, a busca se insere em nosso sistema penal como um instrumento das agências, em especial das agências policiais, de controle social e de racismo e discriminação. A maior parte das buscas pessoais recai sobre os clientes preferenciais do sistema penal, negros e pobres.

Além disso, foram identificados alguns problemas estruturais quanto a execução desta espécie de busca, em especial quando da sua realização sem prévia autorização judicial. Aqui também se demonstrou que a invocação de brocardos não deve servir como fundamento para interferir desproporcionalmente no direito à intimidade dos indivíduos, especialmente nos casos das buscas pessoais decorrentes da prisão e daquelas realizadas no curso de uma busca domiciliar.

Também se propôs uma nova maneira de encarar a problemática da fundada suspeita, exigida tanto para a expedição de um mandado de busca pessoal quanto para a sua execução sem prévia autorização judicial. Como não existem regras no direito brasileiro que determinem ou que forneçam parâmetros que permitam ao intérprete determinar quando

haverá e quando não haverá fundada suspeita, podem ser aplicados, nos casos concretos, os princípios.

Deste modo, a verificação da existência da fundada suspeita seria igual ao resultado do sopesamento entre o princípio do direito à privacidade da pessoa sobre a qual recai a busca e os princípios tutelados pelas normas penais que esta pessoa é suspeita de transgredir. Se, no sopesamento realizado no caso concreto, a privacidade for prevalecente, significa que os fundamentos invocados para justificar a suspeita não a justificam, ou, seja, que a suspeita não é fundada. Se a privacidade não prevalecer, os fundamentos invocados tornam a suspeita fundada.

Esta proposição permite transferir o esforço argumentativo para a fundamentação invocada que, em cada caso concreto, justifica a suspeita do agente estatal que pretende (ou que já invadiu) a privacidade alheia. Atualmente, todo o esforço argumentativo recai nas tentativas de se classificar quais atos ou fatos podem ser considerados como fundada suspeita e quais não podem.

Este modelo também permite conjugar os diferentes níveis de busca que afetam os diferentes níveis de privacidade das pessoas, além de exigir que o Estado apresente elementos concretos e objetivos que demonstrem que a expectativa de privacidade de cada um não foi injustificadamente reduzida.

Foi também argumentado que a busca em veículos não deve ser equiparada, de forma alguma, com a busca pessoal, por constituir uma atividade completamente distinta. O regramento processual penal é totalmente insuficiente para regulamentar com coerência esta espécie de busca, de modo que, com as regras que hoje possuímos é até mesmo muito difícil iniciar uma discussão sobre a legalidade das blitz policiais. Parece um exercício argumentativo muito exagerado comparar um carro com uma pessoa ou com uma casa.

Assim, como dito, ainda há muito a ser estudado sobre a busca pessoal no direito brasileiro. São indispensáveis maiores aprofundamentos nas hipóteses de intervenção corporal, pois há na doutrina divergência quanto à classificação de alguns atos como busca pessoal ou intervenção corporal. Gustavo Badaró, por exemplo, classifica os exames radioscópicos e as inspeções anais e vaginais como busca pessoal²¹⁸, ao contrário de Nicolitt e Wehrs, com quem se concordou. Já Aury Lopes Jr. parece considerar como intervenções corporais apenas os atos que implicam a extração compulsória de coisas do corpo da pessoa²¹⁹.

²¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal..., p. 497.

²¹⁹ LOPES JR. Aury. Direito processual penal..., p. 741.

Foram também previstos alguns problemas que o futuro aguarda neste tema, em especial a busca de dados digitais constantes em celulares, computadores, e outros equipamentos eletrônicos cujo porte se torna cada vez mais comum. Poderiam os dados constantes nesses aparelhos, que forem encontrados durante a realização de uma busca pessoal, serem acessados sem prévia autorização judicial?

As cortes brasileiras e americanas caminham para afirmar que não, e que os aparelhos devem permanecer acautelados até que uma ordem judicial seja obtida. Porém a discussão está longe de ser encerrada, visto que os dados digitais constantes no interior destes aparelhos são dotados de algumas peculiaridades que os tornam diferentes dos meios tradicionais de prova.

Primeiramente, os dados digitais podem ser manejados remotamente, permitindo que, ainda que os aparelhos físicos estejam acautelados, os dados sejam alterados, removidos ou mesmo recuperados, até mesmo por terceiros. Ainda que se isole o dispositivo eletrônico de qualquer conexão com a internet ou com outras redes, existem comandos e aplicações que podem ser inseridos, programados para deletar todo o conteúdo digital após um determinado período de tempo ou até mesmo ao detectar alguma tentativa de invasão que não seja autorizada pela pessoa que programou o aparelho.

Por outro lado, a informação digital que pode ser obtida no interior destes dispositivos é, em sua essência, diferente da informação física que pode ser obtida a partir dos meios de prova tradicionais. Uma foto digital, por exemplo, pode conter em seus dados não apenas o registro da imagem, mas também a informação precisa sobre o momento e o local exatos em que a foto foi tirada, que podem inclusive ser alvo de perícia para verificar eventual alteração, enquanto uma foto física se resume à representação da imagem fotografada.

Há também nos dispositivos eletrônicos os registros de GPS, que podem informar toda a movimentação física da pessoa, além de informações bancárias, fiscais, e milhares e milhares de informações pessoais que são armazenadas nos muitos *gigas* e *teras* de memória dos aparelhos.

Assim, vê-se que o estudo da busca pessoal e das outras modalidades de busca no direito brasileiro mostra-se de extrema relevância, não apenas para debater e procurar aprimorar os problemas do passado e do presente, mas também como forma de iniciar uma discussão minimamente técnica e apropriada para os problemas de um futuro próximo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Thiago Bottino do. Ponderação de normas em matéria penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. 14. tir. São Paulo: Malheiros, 2013

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BINDER, Alberto M. Introdução ao direito processual penal. Trad.: Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRAGOSO, Christiano Falk. Autoritarismo e sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HASNAS, John. The Myth of The Rule of Law. Wisconsin Law Review 199 (1995). Disponível em <http://faculty.msb.edu/hasnasj/GTWebSite/MythWeb.htm>, acesso em 09 de novembro de 2016.

LOPES JR. Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal, volume II. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coordenadores). Direito à privacidade. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NICOLITT, André Luiz e WEHRS Carlos Ribeiro. Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: lei n. 12.654/2012. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Sousa. Código de processo penal comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da busca e da apreensão no processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25. ed. 22. tir. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito, intimidade e vida privada: paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna. Curitiba: Juruá, 2010.
- ROSENN, Keith S. The Success of Constitutionalism in the United States and Its Failure in Latin America: An Explanation. Miami Inter-Am. L. Rev. 1 (1990). Disponível em: <http://repository.law.miami.edu/umialr/vol22/iss1/2>, acesso em 09 de novembro de 2016.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA Alejandro e SLOKAR Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. 1. reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

PRECEDENTES NORTE-AMERICANOS CITADOS

Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886)

Warden v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967)

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)

Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968)

Chimel v. California, 395 U.S. 752 (1969)

Riley v. California, 573 U.S. ____ (2014)