

ALTAMIRO GARCIA FILHO

**BALIZAMENTO CONSTITUCIONAL DA REVISTA, DA
BUSCA, DA APREENSÃO E DA RESTITUIÇÃO NO DIREITO
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E O PARADIGMA
PORTUGUÊS**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TOLEDO
ARAÇATUBA
2003**

ALTAMIRO GARCIA FILHO

**BALIZAMENTO CONSTITUCIONAL DA REVISTA, DA
BUSCA, DA APREENSÃO E DA RESTITUIÇÃO NO DIREITO
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E O PARADIGMA
PORTUGUÊS**

Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação *stricto sensu*, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Tutela Punitiva no Estado Democrático de Direito, da Universidade Toledo de Araçatuba, sob orientação do professor Dr. Érik Gramstrup.

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TOLEDO
ARAÇATUBA
2003**

TERMO DE APROVAÇÃO

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor

Professor Doutor

Professor Doutor

Agradecimentos:

Ao supremo Criador do Universo, pela graça da vida.

Aos meus pais, Altamiro e Maria Aparecida, pelo dom da educação, honestidade e dignidade, e pelos imensos sacrifícios que fizeram para que os filhos estudassem.

A Karla, pelo amor e compreensão.

Ao meu filho Altamiro Neto, e à minha filha Eloísa, razões maiores da minha vida.

A minha irmã Sonia, e aos sobrinhos Vinicius e Gabriel, pelo apoio nos momentos difíceis.

Ao Sr. Nivaldo e à Sra. Maria, que me acolheram em Araçatuba, como filho.

Aos Doutores e Professores Erik Gramstrup, Antonio Scarance Fernandes, Paulo Napoelão e Ricardo Sayeg, pelas magníficas aulas e orientações.

A todos os amigos, pela ajuda impar, em especial à Luciana Paro e aos colegas da primeira turma de mestrado.

“O senhor é o meu pastor, nada me faltará. Deitar-me faz em verdes pastos, guia-me mansamente a águas tranqüilas.

Refrigera a minha alma; guia-me pelas veredas da justiça, por amor do seu nome”

Salmo 23

RESUMO

Esta dissertação tem o objetivo de tecer considerações acerca das liberdades públicas, às teorias dos direitos fundamentais em um Estado Social Democrático de Direito, à prova ilícita e à prova ilegítima, aos meios de prova e meios de obtenção de prova. O tema central é o “Balizamento constitucional da revista, da busca, da apreensão e da restituição no direito processual penal brasileiro e o paradigma português”.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais – revista – busca – apreensão – restituição.

RESUMEN

Esta disertación tiene el objetivo de tejer consideraciones acerca de las libertades públicas, a las teorías de los derechos fundamentales en un Estado Social Democrático de Derecho, a la prueba ilícita y la prueba ilegítima, a los medios de la prueba y medios de obtención de prueba. El tema central del estudio es él “Comparación constitucional de la Inspección, de la busca, de la apreensión y de la restitución, en el derecho procesal penal brasileño y el paradigma lusitano”.

ABSTRACT

This dissertation has the aim of discussing some ideas concerning public liberties, fundamental rights theories in a Democratic Social State of the Law, illicit evidence and illegitimate evidence, the means of proof and the means of obtaining the proof.

The central theme of this study is “The Constitutional limits of the power of search, of arrest and of restitution in the brazilian penal system and the portuguese paradigm”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. Importância e delimitação do tema objeto de investigação.....	11
I. LIBERDADES PÚBLICAS: CONCEITUAÇÃO GERAL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO	
1.1 Considerações iniciais.....	18
1.2 Críticas às teorias dos direitos fundamentais.....	18
1.3 Os direitos fundamentais como parte nuclear na constituição em um Estado Social Democrático de Direito	66
1.4 Sistema de abertura e flexibilidade dos direitos fundamentais	60
II. PROVA	
2.1 Conceito e classificação.....	66
2.1.1 Prova ilícita e prova ilegítima.....	68
2.1.2 Meios de prova e meios de obtenção de prova.....	69
2.2 Revista e busca.....	70
2.3. Modalidades de busca.....	71
2.4 Diferença entre revista, inspeção corporal e perícia.....	72
2.5 A ingerência no corpo humano <i>versus</i> a intimidade.....	72
III. REVISTA E BUSCA – ESTUDO COMPARATIVO	
3.1 Breves considerações sobre os institutos nas constituições brasileira e portuguesa.....	76
3.2 O código de processo penal do Brasil e de Portugal.....	79
3.2.1 Revista com mandado judicial.....	81
3.2.1.1 A fundamentação para a revista.....	83
3.2.2 Revista sem mandado judicial.....	86
3.2.3 Revista em mulher.....	91
3.2.4 Formalidade da revista.....	91
3.2.5 A revista de natureza administrativa ou revista de segurança.....	92
3.2.6 Distinção entre ato vinculado, ato discricionário e ato arbitrário.....	92

3.3 A busca.....	94
3.3.1 A busca com e sem mandado judicial.....	95
3.3.2 Busca em veículos.....	98
3.3.3 Formalidade da busca.....	99
3.4 Medidas cautelares e de polícia.....	100
3.4.1 A revista e a busca sem prévio consentimento da autoridade judiciária.....	102
3.4.2 Busca domiciliar.....	107
a) Mandado judicial.....	109
b) Sem mandado judicial.....	110
3.4.3 Busca em escritório de advocacia, consultório médico e estabelecimento de saúde.....	114
3.4.4 Busca em estabelecimento comercial ou industrial.....	115
3.5 A revista e busca em leis esparsas portuguesas.....	118
3.5.1 Revistas na hipótese de consumo de estupefacientes.....	118
3.5.2 A revista nas hipóteses da lei tutelar educativa.....	119
3.5.3 As buscas nas hipóteses da lei tutelar educativa.....	120
3.5.4 Buscas e revistas no âmbito de realizações cívicas, políticas, religiosas, artísticas, culturais ou desportivas.....	121
3.5.5 Revistas em caso das manifestações de violência associadas ao desporto.....	122
3.6 A revista, busca e apreensão em leis esparsas brasileiras.....	122
3.6.1 Estatuto da criança e do adolescente.....	122
3.6.2 A lei contra organização criminosa.....	123
3.6.3 A lei ambiental.....	124

IV. APREENSÃO

4.1 Apreensão.....	126
4.1.1 Conceito jurídico.....	126
4.1.2 Apreensão.....	128
4.1.3 Natureza jurídica.....	129
4.1.4 Finalidade.....	134
4.1.5 Apreensão no direito brasileiro e português.....	136
4.1.5.1 Apreensão de coisas perecíveis.....	140
4.1.5.2 Apreensão de coisas perigosas.....	141
4.1.5.3 Apreensão de documentos e papéis.....	142
4.1.5.4 Apreensão em estabelecimento bancário, escritório de advogado	

ou consultório médico.....	156
4.1.5.5 Modo de proceder à apreensão.....	157
4.1.5.5.1 Momento.....	159
4.1.5.5.2 A iniciativa e a execução da apreensão.....	163
4.1.5.5.3 A necessidade do mandado judicial e a devida fundamentação.....	164
4.1.5.5.4 Sujeito passivo da medida.....	164
4.1.5.5.5 Auto de apreensão.....	165

V. RESTITUIÇÃO

5.1 Restituição.....	166
5.1.1 Confisco dos instrumentos do crime.....	169
5.1.2 Direito à restituição duvidosa.....	173
5.1.3 Coisas adquiridas com o proveito da infração.....	177
5.1.4 Decretação da perda em favor da União.....	178
5.1.5 Destino dos objetos apreendidos e não reclamados.....	179
5.1.6 Inutilização dos instrumentos do crime.....	181

CONCLUSÕES.....	182
------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	197
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

O homem é, inquestionavelmente, um ser gregário e realiza-se vivendo em grupo. Desde o momento em que se iniciou a formação das primeiras sociedades, nasceu a necessidade da defesa da vida e do patrimônio do homem. Historicamente o Direito surgiu com o papel da pacificação e, em nossos dias, a sua faixa de estabelecimento da ordem e manutenção da paz visa a dar a cada um o que é seu de modo mais abrangente, favorecendo e estimulando, ainda, o progresso, a educação, a saúde e a cultura.

No passado, o papel do direito era apenas o de pacificação; hoje, sua atuação é bem mais ampla, pois, além da pacificação, o direito visa, nas sábias palavras de S. Agostinho, “dar a cada um de acordo com o seu merecimento”, estimulando, ainda, bens que, no passado, eram inimagináveis, como a cultura, a saúde, a educação, o progresso, o meio ambiente, e, mais recentemente, a pesquisa biológica, que permitirá a manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo, a que se chama de direitos da quarta geração.

Nos dias hodiernos, o Estado deve oferecer segurança em todas as áreas. Já não é segurança contra o abuso do poder; é também segurança contra a miséria, o trabalho excessivo, a doença, etc. Procura-se a proteção “desde o berço ao sepulcro”. Esta proteção é missão do Estado.

Se, num Estado democrático de direito, o cidadão busca a proteção, de seu nascimento até sua morte, inquietam-nos várias indagações à ação da autoridade policial – de ofício, nos casos expressamente previstos em lei, ou por meio de chancela judicial –, no que diz respeito à busca pessoal, do direito brasileiro, ou à revista, do direito português, à busca de coisas, especialmente a domiciliar, a apreensão e a restituição.

A presente investigação tem por escopo fazer um estudo comparativo entre o direito brasileiro e português, a fim de aquilatar as semelhanças e contrastes entre os institutos nos dois países.

O que nos levou a elaboração deste estudo de direito comparado?

À primeira vista, pode parecer estranho o estudo comparativo destes dois países, contudo, o direito português sempre influenciou o direito brasileiro. Só o fato de o Brasil ter sido colônia de Portugal, tendo as ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas aqui vigorado, já seria motivo bastante para assim concluir. Mas há ainda outros fatores, como o formalismo exarcebado da legislação brasileira, em especial no código de processo civil, que remonta ao formalismo português.

A própria Constituição Federal do Brasil de 1988 teve forte influência da Constituição da República Portuguesa de 1976. Isto sem falar da influência doutrinária que um país exerce sobre o outro, quiçá pela facilidade da identidade de língua, como a própria Constituição Brasileira, que seguiu as pegadas de Canotilho.

Cumprе ressaltar, ainda, que existe, entre Brasil e Portugal, Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal, firmado por meio do Decreto 1.320, de 30 de novembro de 1994, que disciplina, no artigo 1º, n. 2, letra c, a forma de auxílio, especificamente para “o exame de pessoas, lugares ou coisas, revistas, busca e apreensão de bens”.

Assim, vários motivos ou fatores contribuíram para a escolha do presente tema, ressaltando, de plano, o tronco comum da legislação dos dois países. Também teve importância vital o fato de, ao voltarem-se os olhos para o direito comparado, constatar-se o avanço do direito português, haja vista passados dois lustros após a promulgação da Constituição da República Portuguesa (CRP): em 1987, aquele país promulgou o novo Código de Processo Penal que, no cenário europeu, é um dos Códigos mais modernos. Não há, por exemplo, na legislação brasileira, qualquer norma que proteja quer o indivíduo quer o agente da autoridade, determinando, v.g., a presença de testemunha da confiança da pessoa revistada no momento da busca, como faz expressamente o Código de Processo Penal Português (art. 175, n. 1). Vê-se, assim, que, apesar de termos uma Constituição Federal garantista, o atraso na legislação processual penal compromete a eficácia desejada por ela,

tornando-a, por consequência, menos garantidora.

Ademais, com exceção da busca domiciliar, vê-se evidente ausência de normas processuais reguladoras do instituto da busca.

Esta deficiência legislativa mais se acentua na revista realizada sem mandado judicial. Os executores da medida, sob o fundamento do aumento crescente da violência, utilizam-se da truculência e do arbítrio.

1. Importância e delimitação do tema objeto de investigação

Com o avanço da “era dos direitos”, especialmente em Estados que proclamam o regime democrático de direito, parece de difícil solução enquadrar a segurança jurídica que o Estado deve oferecer versus à liberdade física individual do cidadão, especialmente porque este goza, consoante os textos constitucionais brasileiro e português, de “presunção de inocência”. A dificuldade de equacionar, na justa medida, segurança jurídica e prática de atos de revista, busca e apreensão, quer sejam processuais ou pré-processuais já demonstra, por si só, a importância do objeto a ser investigado.

À primeira vista, não é difícil concluir que, nos dois países, objetos do presente estudo, a democracia tem evoluído paulatinamente; O mesmo não ocorreu, todavia – sob o enfoque de atos pré-processuais –, no que tange a polícia no Brasil, que se encontra “defasada”, por assim dizer. Sem essa evolução, esse ajuste necessário de como deve agir a polícia, não há como falar em estado democrático, quanto mais “Estado democrático de direito”.

Cumpre apontar, desde logo, ainda que em breve registro, a gritante diferença existente entre Portugal e Brasil acerca da legislação processual penal. O Código de Processo Penal brasileiro data da década de 40, muito anterior, portanto, à Constituição Federal de 1988, que trouxe inúmeros avanços em matéria de direitos e garantias individuais, que se vão refletir, inexoravelmente, no processo penal. Apesar de várias leis pontuais feitas

após o advento da Carta Magna, o processo penal brasileiro ressenete de uma legislação mais moderna¹. Portugal, ao contrário, 11 anos após o advento da Constituição de 1976, editou, em 1987, uma nova legislação processual penal, que substituiu o anterior Código do ano de 1929. Por aí se vê a dificuldade de estudo comparativo entre duas legislações que medeiam entre si quase meio século de distância (CPP, do Brasil de 1941 e CPP, de Portugal de 1987).

Outra dificuldade verificada diz respeito à nomenclatura designativa de profissão. Enquanto no Brasil o rótulo “magistrado” aplica-se somente a quem ocupa o cargo de juiz de direito, desembargador ou ministro, em Portugal “magistrado” compreende também os agentes do Ministério Público, consoante previsão no artigo 219º, n. 4 da Constituição da República Portuguesa: “Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados e não podem ser transferidos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos em lei”. No mesmo sentido caminha o Código de Processo Penal, cujas disposições preliminares e gerais estabelecem como autoridade judiciária o Ministério Público: “Artigo 1º. Para efeito do disposto no presente Código considera-se: (...) b) Autoridade judiciária: o juiz, o juiz da instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos que cabem na sua competência”.

Embora haja similitude no formalismo processual dos dois países, negativa por sinal, haja vista que ambos usam e abusam de regras formais, vetustas e incompatíveis com a era da cibernética ou do Estado pós-moderno, a verdade é que as diferenças se sobressaem muito mais do que a igualdade. Além da cultura jurídica diferenciada entre os dois países – por exemplo, Portugal vela mais pelo estudo filosófico material do direito e está, nesse campo, mais avançado que o Brasil, enquanto este, no direito processual, mostra-se mais evoluído do que aquele –, inobstante o afirmado acima: o modo de viver, pensar, sentir, enfim os valores culturais dos dois povos também apresentam características próprias.

Um exemplo bem elucidará a questão: a violência criminal é fato conhecido

¹ É fato conhecido a existência de projetos de lei para a reforma do código de processo penal.

por todos que tiveram oportunidade de residir nos dois países ou que simplesmente acompanham os meios de comunicação de ambos.

De fato, pode-se afirmar, sem temor de errar, que, nos grandes centros brasileiros, especialmente no Rio de Janeiro, são constantes as trocas de tiros entre a polícia militar e as organizações criminosas de tráfico de drogas. Não é exagero afirmar que, nos grandes centros brasileiros, se vive situação quase idêntica à de países que estão em guerra civil. Em Portugal essa situação é impensável. Todas essas diferenças entre os dois países tornam o estudo da matéria, estritamente ligado às liberdades públicas, aos direitos e garantias individuais, muito mais interessante.

E aqui delimitamos o objeto deste trabalho. O tema “Balizamento constitucional da revista, da busca, da apreensão e da restituição no Direito Processual Penal brasileiro e o paradigma português”, sob o enfoque dessas duas culturas distintas, implica não só o estudo do poder de polícia versus a liberdade física individual, conhecida no direito alemão como *freiheitsbeschränkung*, como também a investigação científica de medidas legais de coação, intimamente ligadas ao conteúdo do direito de privacidade. Essas medidas serão analisadas, por óbvio, tanto as processuais como as pré-processuais, haja vista que nestas o perigo de abuso é mais freqüente.

Dentro do campo delimitado, julgamos importante levantar questões vividas no dia-a-dia, tanto na fase processual como na pré-processual.

Em relação à fase pré-processual, pode-se indagar, por exemplo: se um policial em serviço suspeita de um indivíduo a caminhar pela rua, quais os critérios que deve utilizar para abordá-lo, sem que fira o princípio da isonomia de todos perante a lei? É possível exercitar o poder de polícia sem que implique limitação excessiva à liberdade individual? É legítimo deferir o poder discricionário ao órgão policial? O fato de o indivíduo não estar “bem trajado” daria sustentação para abordagem a tal pessoa? O sujeito passivo da medida pode recusar-se à revista? Em síntese: qual o limite entre segurança pública e liberdade

individual?

Como podem ser justificadas, do ponto de vista da liberdade individual, certas diligências policiais, a exemplo da revista efetuada pela administração penitenciária com o objetivo de evitar a entrada de drogas, armas e instrumentos que possam comprometer a segurança local? Ou desnudar a pessoa e obrigá-la, na vista do funcionário, a fazer flexões com o fim de expulsar eventuais objetos que pudessem estar ocultos nas cavidades naturais?

A questão ganha ainda maior relevo, e, portanto, dificuldade de solução, quando se analisa que, em se tratando de um ato de urgência, tudo passa numa fração de segundos.

No que toca à fase processual, inúmeras questões podem ser levantadas: quais os requisitos para a concessão da revista, busca e apreensão? Pode ser realizada a qualquer dia e a qualquer hora? Como aferir o princípio da proporcionalidade para a concessão das medidas?

Além da forma particularizada acima, tem-se o picante ingrediente dos pontos convergentes e dos pontos divergentes na legislação dos dois países objeto do estudo.

Portanto, com o objetivo de responder às questões acima, bem como a outras que surgirem naturalmente, procurou-se desenvolver a presente investigação.

A fim de evitar confusões de termos, para “busca pessoal” do direito brasileiro, será utilizada a expressão “revista” (termo correspondente), de modo que se diferencie da “busca” do direito português, que tem outro sentido.

A investigação foi dividida em cinco partes, ressaltando-se que as conclusões apresentam-se em forma de ementa.

O estudo tem como marco inicial uma incursão sobre a origem da expressão *liberdades públicas*, traduzindo-se numa tentativa de determinar o seu conceito, caracterização e classificação, bem como seu processo de evolução, em que se ressaltam três vertentes: *liberdades, públicas, direitos fundamentais e direitos do homem*, esclarecendo-se

que tais expressões têm sido usadas, larga e equivocadamente, como sinônimos, embora (não restam dúvidas) guardem entre si, a rigor, apenas um núcleo comum, a liberdade.

No plano teórico, foi dada ênfase à fundamentação filosófica dos direitos humanos, tecendo-se comentários sobre as correntes naturalistas e positivistas, bem como sobre as teses emotivistas, objetivistas, subjetivistas e intersubjetivistas.

No referido capítulo, tece-se críticas as teorias dos direitos fundamentais, especialmente no que se diz respeito à expressão “geração” de direitos, preferindo-se a expressão “dimensão”. Também é questionado se a evolução dos direitos fundamentais segue, sempre a linha liberdade→igualdade→fraternidade.

Foi dedicado item específico (1.3) sobre os direitos fundamentais como parte nuclear na constituição em um Estado Social Democrático de Direito. Ali responde-se às seguintes indagações: Qual a premissa para se formar um Estado Social? O Estado tem (também) o dever de atuar positivamente na prestações dos direitos fundamentais? Qual a relação entre Estado de Direito e os direitos fundamentais?

Também foi dedicado item (1.4) sobre o sistema de abertura e flexibilidade dos direitos fundamentais, dando ênfase ao método tópico da hermenêutica atual do campo jurídico, de acordo com a obra que gerou polêmicas e reflexões na esfera do Direito, o Estado e a Constituição: Tópica e jurisprudência, de Theodor Viehweg.

A segunda parte cuida da prova, sua definição e classificação, acompanhadas do conceito de revista, além de apontar a distinção entre: a) prova ilícita e prova ilegítima; b) os meios de prova e os meios de obtenção de prova; c) revista, inspeção corporal e perícia.

A terceira parte contém um estudo comparativo (Brasil-Portugal) do instituto da busca pessoal ou revista, iniciando-se com considerações iniciais sobre as constituições e os códigos de processo penal dos dois países. Abordou-se a revista com e sem mandado judicial – e, na primeira hipótese, a necessidade de fundamentação –, a revista em

mulher, a formalidade da revista de natureza administrativa ou revista de segurança, as medidas cautelares e de polícia, a revista e a busca sem prévio consentimento da autoridade judiciária. Nessa parte foi dada ênfase, em razão da garantia constitucional da inviolabilidade do lar, à busca domiciliar, com ou sem mandado judicial. Também foram ressaltadas, em razão da importância das profissões, as buscas em escritórios de advocacia, consultórios médicos e estabelecimentos de saúde.

Não foi olvidado, ainda, o tratamento que é dado à revista e às buscas em leis esparsas portuguesas, como no caso de consumo de estupefacientes, da lei tutelar educativa, no âmbito de realizações cívicas, políticas, religiosas, artísticas, culturais ou desportivas, em manifestações de violência associada ao desporto e, no direito brasileiro, como o Estatuto da criança e do adolescente, a lei contra organização criminosa e a lei ambiental.

Considerando a orientação técnica que embasa o pensamento do autor desta dissertação, filiado à corrente segundo a qual a apreensão deve ser tratada como instituto isolado da revista, a quarta parte da investigação é dedicada à apreensão. De plano, buscou-se o conceito jurídico da apreensão, a sua natureza jurídica e finalidade. Em seguida fez-se o estudo comparativo do instituto no direito brasileiro e no português, no que respeita à apreensão de coisas perecíveis ou coisas perigosas, à apreensão de documentos e papéis, aqui incluída a apreensão de documentos sob sigilo profissional e correspondências – que, por suas peculiaridades e implicações jurídicas, mereceram estudo mais acurado –, além de coisas insuscetíveis de apropriação e coisas cercadas de normas especiais, de apreensão em estabelecimento bancário, escritórios de advogado ou consultórios médicos.

A instrumentalização da apreensão foi abordada no capítulo IV, item 4.1.5.5, intitulado “modo de proceder a apreensão”, o que abrange o momento, a iniciativa e a execução da apreensão, a necessidade de mandado judicial, o sujeito passivo da medida e o auto de apreensão.

Na quinta parte da investigação fez-se estudo do instituto da restituição, utilizando-se a mesma metodologia usada em relação aos anteriores (comparativo da matéria nos Códigos de Processo Penal do Brasil e de Portugal), com destaque para a restituição das coisas apreendidas, o confisco dos instrumentos do crime, o direito duvidoso à restituição, as coisas adquiridas com o proveito da infração, a decretação de perda em favor da União, o destino dos objetos apreendidos e não reclamados e a inutilização dos instrumentos do crime.

Por fim, a metodologia utilizada foi a bibliográfica, dando-se maior ênfase à doutrina do que à jurisprudência.

A tradução para o vernáculo português dos textos estrangeiros foi realizada livremente pelo autor da presente dissertação.

I. LIBERDADES PÚBLICAS: CONCEITUAÇÃO GERAL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

1.1 Considerações iniciais

A liberdade, não restam dúvidas, é a idéia norteadora do pensamento político moderno, sendo que sua primeira proposição traduz-se em estabelecê-la e assegurá-la e, o reconhecimento da liberdade só pode ser feito através das liberdades, sendo que esta questão foi colocada com nitidez por Aristóteles que, terminando de estabelecer a contingência de certos futuros no conjunto de tratados de lógica no seu *Organon*, mostrou na *Ética a Nicômano* que o mérito ou demérito não podem ser atribuídos senão a certos atos em que se tem ou não de executar a liberdade².

Recorde-se que Emmanuel Kant também argumentou a favor da liberdade em sua obra *Crítica da razão pura*, com base essencialmente na necessidade racional de um princípio inegavelmente primário e dos argumentos empíricos em favor da série das causas e dos efeitos, além de ter mostrado que o determinismo fenomenal não exclui a liberdade numeral (do mundo das coisas em si), afirmou estas liberdades do eu numeral (da alma humana considerada fora do mundo invisível) como uma exigência da razão prática³.

Neste mesmo sentido, Alfred Fouillée⁴ (filósofo francês criador da filosofia das idéias forças, pela qual procurava conciliar as exigências da moral e as da ciência) faz da própria idéia da liberdade uma força capaz de produzir o movimento e de modificar o determinismo mecânico. Supondo uma irreduzibilidade natural completa do ser humano às causas naturais da sua formação, pode se conceber, segundo o filósofo, uma verdadeira liberdade.

Torna-se, portanto, útil a análise da formação histórica dessas liberdades, já

²ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Seleção de textos de José Américo Mota Pessanha. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

³CHUAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12ª ed. São Paulo: Ática, 2001.

⁴FOUILLÉE, Alfred. *A idéia moderna do direito: crítica dos sistemas da moral contemporânea*. Porto: Chardron, s.d. v. 2.

que somente com a avaliação do lento processo pelo qual se deu a aquisição das liberdades, é que se consegue compreender a sua significação exata, pois é fato que mesmo nas sociedades que se governaram por um princípio democrático, as liberdades públicas, tal como hoje são entendidas, não existiam, haja vista que a idéia de indivíduo, enquanto algo diferente da sociedade que o envolve, foi uma lenta aquisição da humanidade.

Ressalte-se que, conforme lembra Ada Pellegrini Grinover⁵, o reconhecimento de direitos “*impostergáveis*”, que se impõem ao poder do Estado, agora sob a nuance de não ser mais ilimitado, é obra da doutrina cristã, que desde a Idade Média é responsável pelo aparecimento dos primeiros documentos onde se mencionam direitos opostos ao monarca.

Importante lembrar que a origem dessa idéia de direitos próprios do homem, enquanto homem comum, que se opõem à vontade do Estado já pode ser identificada entre os estóicos⁶ quando se percebem as argumentações relacionadas com as leis eternas, imutáveis, ligadas à natureza humana, bem como o próprio conceito de natureza humana levando à idéia de liberdade e igualdade naturais e à idéia da supremacia do direito natural sobre o direito positivo.

Portanto, com a idéia norteadora de que cada pessoa é criada à imagem e semelhança de Deus, o Cristianismo teve grande contribuição para a formação e consolidação das liberdades públicas, mas, sob o ponto de vista prático, sabe-se que demorou para que efetuassem conquistas contra a cidadela do poder monárquico, sendo sinais evidentes desta conquista o início dos pactos realizados pelos reis da Idade Média com seus súditos. Nesse momento, confirma-se a supremacia monárquica, enquanto o rei, por sua vez, faz algumas concessões a certos estamentos sociais, sendo exemplo a mais célebre destas cartas

⁵ GRINOVER, Ana Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

⁶ Representantes do movimento filosófico mais original do período helenístico e também o que teve a duração mais longa: fundado nos fins do século IV a.C., continuou a florescer até depois do século III d.C. Isto sem dizer que muitos autores cristãos da Antiguidade e da alta Idade Média se consideravam herdeiros e continuadores da escola estóica.

(denominada em latim *Magna Charta Libertatum*), extraída, pela nobreza, do Rei João Sem Terra, em 1215, quando do seu enfraquecimento pelas derrotas militares⁷.

Torna-se imperioso comentar que desde este período até o século XVII, registram-se vários avanços e recuos no processo histórico das liberdades públicas e, por fim, o século XVII é palco de importantes e substanciais conquistas definitivas, sendo que, entre elas, depois da guerra entre o Rei e o Parlamento, foram confirmados os privilégios parlamentares e, conseqüentemente, enfraqueceu-se o poder régio. Reafirmou-se o direito ao *habeas corpus*, que foi criado em 1215 e até hoje é a expressão fundamental do direito à liberdade de ir e vir. Em 1688, entrou em vigor a Petição de Direitos, mas, para compreensão do surgimento das liberdades públicas, torna-se imprescindível fazer especial referência a duas outras fontes primordiais: o pensamento iluminista da França do século XVIII e a independência da América⁸.

Como resultado final neste período, viu-se o direito de liberdade política inserido na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada em 26 de agosto de 1789, constar da Constituição Francesa de 1791 e, a partir desta, irradiar-se para todas as outras Constituições, tanto a francesa como a dos demais países, existindo um consenso entre os historiadores em considerar a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão como um momento decisivo e, no mínimo simbolicamente, como demarcador do fim de uma época e o início de outra, apontando, inegavelmente, para uma virada na história da humanidade, propiciando o surgimento de um período onde:

O tempo de juvenil entusiasmo, de orgulho, de paixões generosas e sinceras, tempo do qual, apesar de todos os erros, os homens iam conservar eterna memória, e que, por muito tempo ainda, perturbará o sono dos que querem subjugar ou corromper os homens⁹.

Relembrando os artigos 4º e 5º da Declaração, vê-se que:

a liberdade consiste em se fazer tudo o que não prejudique outrem. Assim, os exercícios dos direitos naturais de cada um não tem limites, senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos. Estes limites

⁷ CÍCERO DE SÁ, José Anselmo. Liberdades públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 152.

⁹ BOBBIO, Noberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 85-86.

apenas podem ser determinados pela lei. [...] A lei só tem direito de proibir as ações nocivas à sociedade¹⁰.

No que diz respeito à expressão *liberdades públicas*, José Anselmo Cícero de Sá¹¹, assinala que é de origem recente, lembrando *Philippe Braud*, na sua tese de doutoramento defendida em Rennes no ano de 1967, tendo sido empregada pelo Visconde François René Chateaubriand (1768-1848) – que, pela riqueza da sua imaginação, de seu estilo e pelo extraordinário poder descritivo teve assegurado um dos primeiros lugares nas letras francesas na primeira metade do século XX –, foi consagrada, como que por um paradoxo, por ocasião do golpe de Estado ocorrido na França, na noite de 02 de dezembro de 1851, e levado a efeito pelo Príncipe Napoleão Bonaparte.

Cabe aqui a observação atenta de que quem fala em liberdades públicas deverá se perguntar constantemente se, em paralelo, não existem liberdades privadas, ambas jungidas a uma categoria geral das liberdades, comum aos tipos mencionados, recordando-se que a fixação do conceito de liberdade cabe ao filósofo, e não ao jurista, pois a este interessa o sentido material ou externo da liberdade, “*o maximum de opções deixadas ao indivíduo*”¹².

Em síntese, de acordo com Georges Burdeau, citado por J. Cretella Júnior, liberdade é uma prerrogativa inerente à natureza humana, desconhecida pelos animais, pois ser livre é condição do homem, “*que não está vinculado a nenhum dominus*”, liberdade é poder de agir ou não agir, “*poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe, por si, sua conduta pessoal*”¹³.

Neste sentido, Georges Burdeau considera que a liberdade se sujeita a dois modos díspares de interpretação, salientando que, por um lado, liberdade é a ausência de todo e qualquer constrangimento e, no caso de ser física ou espiritual, traduz-se como o sentimento de independência, nominada como a liberdade autonomia, isto é, “*a faculdade mental segundo a qual o homem pode dispor de si mesmo. É a partir desse tipo de liberdade que se*

¹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 115.

¹¹ CÍCERO DE SÁ, José Anselmo. Liberdades públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 5

¹² CÍCERO DE SÁ, José Anselmo. *op cit.* p. 5.

¹³ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 20.

organiza o catálogo dos direitos individuais clássicos”¹⁴.

Por outro lado, pode-se compreender a liberdade

como a faculdade de participar da elaboração das normas necessárias à manutenção da ordem social. O homem é livre, então, na medida em que o poder não lhe possa impor atitude para a qual não deu consentimento, direto ou indireto. Ora, a liberdade é algo *in potentia*, dependendo de seu titular usá-la ou não¹⁵.

Para Jean-Paul Sarte comenta que “o homem é liberdade, uma vez que ele está condenado a ser livre. Condenado, porque não se criou a si mesmo, e como, no entanto, é livre, uma vez que foi lançado no mundo, é responsável pelo que faz”¹⁶.

Torna-se útil apontar que a liberdade é passível da classificação em pública ou privada, sendo que, num primeiro momento, a liberdade pública é identificada quando é oponível verticalmente ao Estado e outorgada a todos, sem distinção, de tal modo que, ao exercê-la, o indivíduo titular não fira o direito de outro, um terceiro, ao exercício da mesma liberdade. Já no outro extremo, tem-se que sendo que liberdade privada é aquela oponível horizontalmente por um particular a outro particular, como o direito de propriedade¹⁷.

Assim, a liberdade pública da manifestação do pensamento pode ser exercida pelo cidadão e, se ato ilegal ou eivado de abuso de poder do agente público ameaçar ou impedir aquele exercício, o cidadão tem o direito subjetivo público de exigir do Estado a restituição, *in natura*, do *status* anterior para a continuação da prática da liberdade pública perturbada¹⁸.

Percebe-se, nos tempos de hoje, que a expressão *liberdades públicas* adquiriu lugar de relevo no mundo jurídico, integrando para sempre a terminologia técnica das ciências políticas e do direito público e, mesmo assim, não transparece com nitidez uma noção em torno do tema, já que o conceito faz surgir muitas divergências entre os autores e estudiosos do assunto.

Não restam dúvidas de que a expressão, verdadeiramente, é envolvida por um conceito dinâmico que, ao longo do tempo e evolução das sociedades, se foi apurando e, ainda, ganhou foros de cidadania, firmando-se definitivamente ao contrapor-se a outras

¹⁴ CÍCERO DE SÁ, José Anselmo. *Liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 5.

¹⁵ CÍCERO DE SÁ, José Anselmo. *op. cit.* p. 6.

¹⁶ Apud NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. *passim*.

¹⁷ CÍCERO DE SÁ, José Anselmo. *op. cit.* p. 6.

¹⁸ CÍCERO DE SÁ, José Anselmo. *op. cit.* p. 6.

espécies de liberdades (liberdades civis, liberdades políticas, liberdades sociais, entre outras), sendo certo que o processo evolutivo ainda não chegou ao fim¹⁹.

No que diz respeito ao conteúdo, vê-se que é resultado de uma experiência da qual a história das idéias conserva o traço desde a antiguidade, com a função de opor limites à ação do poder público²⁰. A doutrina francesa preocupou-se em defini-la pontificando que “*Liberdade pública é toda e qualquer faculdade do cidadão, reconhecida e garantida pela Constituição ou, pelo menos, pela lei*”²¹, restando dizer que esta definição configura-se bastante ampla, pois engloba todo tipo de direito, público ou privado.

Interessante o trabalho de J. Cretella Júnior, quando lembra que no começo do século XX, o clássico Henri Berthélemy, quando se debruçou sobre o estudo do poder de polícia, assinalou com clareza que as liberdades públicas são os limites daqueles poderes.

Liberdade de consciência, liberdade de reunião, liberdade de imprensa, liberdade de associação, liberdade de trabalho constituem o que se convencionou denominar de liberdades públicas; liberdades necessárias, durante muito tempo reclamadas, penosamente e incompletamente conquistadas sobre o domínio outrora indefinido da polícia²².

Jacques Robert mostra que a liberdade pública se traduz na liberdade que se concede a todos de modo que o exercício delas por um não conduza, jamais, a atingir o exercício dessas mesmas liberdades por outro.

Liberdade é, em suma, o poder que tem todo individuo de exercer e de desenvolver atividade física, intelectual e moral, sem que o Estado possa fazer-lhe restrições, nesse particular, a não ser aquelas necessárias para salvaguardar a liberdade de todos²³.

Com Claude-Albert Colliard, tem-se a definição de liberdades públicas como “*direitos usufruídos pelos particulares e que consistem no reconhecimento, em seu*

¹⁹ CRETTELLA JÚNIOR, José. Liberdades públicas. São Paulo: José Bushatsky, 1974. p. 24.

²⁰ BURDEAU, G. Lês libertes publiques. 4. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972. p. 38.

²¹ Apud CRETTELLA JÚNIOR, José. *op. cit.* p. 35.

²² BERTHÉLEMY, Henri. *Traité élémentaire de droit administratif*. 9. ed. 1920. p. 246. In: CRETTELLA JÚNIOR, J. *op. cit.* p. 35.

²³ ROBERT, Jacques. Libertes publiques. 1971. p. 15. In: CRETTELLA JÚNIOR, J. Liberdades públicas. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

favor, de um certo domínio de autonomia”²⁴ ou, de forma mais completa e com uma análise mais profunda

situações jurídicas legais e regulamentares, nas quais o indivíduo vê reconhecido o direito de agir, sem coação, no quadro dos limites fixados pelo direito positivo em vigor e eventualmente determinadas, sob controle do juiz, pela autoridade de polícia encarregada da manutenção da ordem pública. Tal direito é protegido por uma ação, em juízo e, em especial, pela possibilidade de suscitar-se o controle da legalidade²⁵.

Jean Rivero apresenta um conceito de liberdades públicas esclarecedor quando diz que indicam “*poderes de autodeterminação reconhecidos e organizados pelo Estado, pelos quais o homem, nos diversos domínios escolhe o comportamento que pretende assumir*”²⁶ ou, também, sintetizando, “*liberdades públicas são liberdades que o direito positivo reconhece e organiza*”²⁷.

Neste ponto, como obtemperou acertadamente J. Cretella Júnior, torna-se imperioso questionar sobre as caracterizações das liberdades públicas, inquirindo se existe um relacionamento entre si, buscando perceber se há hierarquização, enfim, entender se há liberdades públicas mais hierarquizadas – ou fundamentais – e liberdades públicas colocadas em lugar mais baixo numa escala de valores – ou acessórias.

Saliente-se que tal rol de inquirições inclui-se num nível mais filosófico e psicológico do que jurídico, já que o problema da classificação e escalonamento das liberdades públicas submete-se a um campo de dificuldades insuperáveis, pois se ligam às contingências do tempo e às áreas geográficas, sendo que cada liberdade se exterioriza num dado setor particular de atividade – a liberdade fundamental do indivíduo – fato que influi consideravelmente no uso do conceito de que “*as liberdades fazem parte de um conjunto solidário, mas sob o ângulo jurídico*”²⁸.

Deve-se pensar que, numa dada sociedade e num dado momento, a filosofia político-social dominante leva a atribuir a certos direitos um valor particular, que se traduz pelo regime jurídico especial que lhe é atribuído. O rol das liberdades aparece, então, como contingente e sujeito a revisão. Cada um pode, em função de suas crenças, discutir-lhe a extensão, encontrar, na lista, lacunas ou excessos, mas,

²⁴ COLLIARD, C. A. *Libertes publiques*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1972. p. 18.

²⁵ RIVERO, Jean. *Cours de libertes publiques*. In: CRETELLA JÚNIOR, J. *op. cit.* p. 11.

²⁶ RIVERO, Jean. *Cours de libertes publiques*. In: CRETELLA JÚNIOR, J. *op. cit.* p. 13.

²⁷ RIVERO, Jean. *Cours de libertes publiques*. In: CRETELLA JÚNIOR, J. *op. cit.* p. 13.

²⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Liberdades públicas*. São Paulo: José Bushatsky, 1974. p. 37.

em vista das instituições vigentes, o elenco não poderia ser contestado²⁹.

Em suma, tem-se que as liberdades públicas são, dentro de uma análise axiológica ou, a partir de um quadro valorativo,

bipolares (a cada liberdade corresponde uma perda de liberdade, “liberdade corporal” e “prisão”, “liberdade de manifestação do pensamento” e “censura”), traduzidas na “expansão individual” e no “poder de polícia”; dotadas de *implicação* e *referibilidade* (atingida uma liberdade pública, observa-se imediato reflexo sobre as demais); e de *hierarquização* (segurança física e intelectual, ir e vir, pensamento, reunião e associação, culto), variável segundo a época e a região considerada³⁰.
(grifos do autor)

Relembre-se que, como já foi mencionado, não é rara a confusão que faz com o uso das expressões “*Direitos do Homem*” e/ou “*Direitos Humanos*”, “*Direitos Fundamentais*” e “*Liberdades Públicas*”, cabendo ressaltar, novamente, que a única semelhança que guardam entre seus conceitos é a noção de liberdade, fazendo-se necessário a análise particularizada das duas primeiras expressões, visto que a última já foi explicada acima.

De plano, passa-se a fazer a seguinte distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Em matéria de direitos humanos, o mais importante documento jurídico produzido pelo homem provavelmente seja mesmo a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948), aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948 e referida supra. Em seu preâmbulo, os Estados soberanos reconheceram que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. No considerando seguinte, registrou-se que o “desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade”, sendo fundamental que “os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”.

Não é fácil defini-los, como se verá. Em geral, toda definição torna-se

²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *op. cit.* p. 37.

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *op. cit.* p. 37.

tautológica: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”. E, se não são tautológicas, raramente são satisfatórias. Outros exemplos: “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”.

Tem-se que os direitos fundamentais são o conjunto de direitos e liberdades do ser humano institucionalmente reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que os direitos humanos estão abarcados pelo direito internacional, porquanto extensivos a todos os seres humanos, independentemente de sua vinculação a determinada ordem constitucional, apresentando validade universal e caráter supranacional.

Assim, os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com a Constituição na qual foram reconhecidos e assegurados. Não resta dúvida de que o reconhecimento oficial dos direitos humanos, pela autoridade política competente, gera muito mais segurança às relações sociais, exercendo, também, uma função pedagógica junto à comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva. Com tudo isso, se compreende de imediato porque o Poder Judiciário tem uma função primordial a desempenhar na tutela dos direitos humanos: a ele a Constituição reservou a missão institucional de garantir, na última trincheira sociológica (a do conflito), a liberdade dos homens, a justiça nas relações e a paz na sociedade. Ora, a liberdade, a justiça e a paz são os maiores valores de um Estado Democrático de Direito. Daí se dizer, afinal, que o Poder Judiciário é o guardião da Democracia dos Estados Republicanos.

Não se faz Democracia sem a salvaguarda intransigente dos direitos do homem.

Não restam dúvidas de que existe uma convicção, geralmente compartilhada, de que o problema da fundamentação dos direitos humanos seja uma etapa já

vencida, de modo que a referência ao tema impõe-se obrigatoriamente nos textos constitucionais contemporâneos, não obstante qual sistema político esteja em questão.

Apesar de tal constatação apresentar “ares de triunfo” no tocante ao alcance da positivação de antigas demandas da história do constitucionalismo, é também, inegável o fato de que as declarações constitucionais de direitos e liberdades sejam objeto de constantes violações.

Por essa razão, o enfrentamento prioritário dos que advogam a defesa dos direitos humanos extrapola o universo da mera justificação, como em tempos passados, ressurgindo no âmbito da eficácia, para o asseguramento de sua real proteção.

Assim sendo, numa abordagem acerca da fundamentação, torna-se importante ressaltar o elo existente entre a expressão normativa dos direitos humanos e os pressupostos que lhes servem de alicerce. Entre os mais variados pressupostos, a fundamentação filosófica ocupa um espaço de evidente relevância.

No entanto, ao analisar as disparidades existentes nos pressupostos filosóficos ou ideológicos funcionam como sustentáculo para o processo de positivação de direitos e liberdades em sistemas políticos diferentes, chega-se à conclusão de que a idéia de fundamentação dos direitos humanos como “ponto já alcançado” é uma absoluta ilusão.

Na verdade, a falsa convicção da fundamentação como etapa vencida é perigosa para a consolidação da democracia, e caberá aos estudiosos do tema o oferecimento de objeções a tal postura.

Para que a proteção dos direitos humanos logre êxito e torne-se eficaz, é mister a imposição, *no plano político*, de uma ambiência de democracia política e econômica que norteie a busca efetiva por esses direitos. Já, *no plano jurídico*, faz-se necessária a existência de instrumentos e mecanismos de garantia que propiciem o seu respeito. *No plano sociológico*, a sensibilização da opinião pública é fator *sine qua non* para que, através da ação dos chamados grupos de pressão sobre o Poder Público, se alcance um “*status*” de influência

social no processo de construção da opinião advinda das expectativas do *imaginário social* da coletividade em questão.

Norberto Bobbio adverte que apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ser considerada como uma prova ímpar e cabal de que um sistema de valores possa ser fundado e reconhecido como manancial para o alcance de um consenso geral que propicie a transformação de demandas coletivas em direitos fundamentais, este argumento só explicará como foi possível alcançar um consenso sobre a aclamação de direitos e liberdades básicas, condenando à penumbra outro problema central no tocante à fundamentação dos direitos humanos: a sua razão de ser³¹.

A problemática da fundamentação dos direitos humanos suscita muita controvérsia: para os realistas é visto como tema supérfluo por “já estar resolvido” e, para os positivistas é considerado como inútil por “ser irresolvível”.

As posturas positivistas refletem teorias metaéticas muito difundidas no pensamento contemporâneo, impugnando a possibilidade de uma demonstração científica e, portanto, de uma fundamentação racional de valores.

As teses positivistas surgem da idéia de que os juízos de valor, especialmente os morais, não são suscetíveis de serem considerados como verdade ou mentira³², por não se referirem ao mundo de ser, não sendo, portanto, verificáveis empiricamente.

Esse entendimento é compartilhado pelos neopositivistas de Viena e Berlim, pelos realistas escandinavos³³, e uma por boa parte dos estudiosos de linguagem moral no pensamento anglo-saxão.

Oppenheim vaticinou o alcance das teses metaéticas, indicando que, em

³¹ BOBBIO, Norberto. *Presente y porvenir de los derechos humanos*. Madrid: ADH, 1981. p. 10.

³² Comentando sobre o decisionismo processual, interessante, aqui, a seguinte passagem de Luigi Ferrajoli: “E o juízo penal, da mesma forma que o ético ou estético, degenera em juízo ‘sem verdade’: não motivado por juízos de fato, isto é, por inserções verificáveis ou refutáveis, mas por juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis porque, por sua natureza, não são verdadeiros nem falsos”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Somer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. p. 37.

³³ Dentre estes, Axel Hägerström.

conformidade com suas premissas, os princípios éticos básicos não possuem “*status*” cognoscitivo e, portanto, não são cognoscíveis como falsos ou verdadeiros em razão de não afirmarem nem negarem nada³⁴.

A partir da análise oppenheimiana, nasce o entendimento de que os valores éticos, jurídicos e políticos não podem almejar uma validade geral, objetiva ou intersubjetiva, já que estão condenados a expressar convicções limitadas, de caráter subjetivo e pessoal. As posturas relativistas a respeito dos valores subjetivos podem ser consideradas como variantes da análise oppenheimiana acerca do não-cognoscitivismo³⁵.

Ao analisar a problemática em questão, Max Weber³⁶ classifica como ingênua a crença de que princípios básicos das ciências sociais possam produzir regras que solucionem problemas práticos por não existirem pressupostos científicos, racionais ou empíricos, que permitam uma decisão final acerca de “valores”. A análise weberiana conduz ao entendimento de que em todos os momentos em que seja necessário escolher entre valores antagônicos, deve-se partir do princípio de que ambas situações são igualmente legítimas em razão de que nenhuma delas pode ser mais ou menos verdadeira ou justificável em comparação com a outra.

Hans Kelsen sustentou entendimento análogo. Para ele, o relativismo filosófico, fiel às suas premissas empíricas, descarta a possibilidade de entender o absoluto por ser inacessível à experiência humana. A análise kelseniana distingue, com clareza, a realidade do valor, classificando como relativas as diferentes crenças religiosas ou político – ideológicas, sempre apresentadas na forma de juízos de valor subjetivo. Kelsen³⁷ afirmava que “*la justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre*”³⁸.

³⁴ OPPENHEIM, F. E. *Ética y filosofía política*. México: FCE, 1976. p. 37.

³⁵ OPPENHEIM, F. E. *op. cit.* p. 37.

³⁶ WEBER, Max. *Sociologia*. 6ª ed. São Paulo: Ática, 1997.

³⁷ KELSEN, Hans. *Qué es justicia?*. trad. cast. de A. Calsamiglia. Barcelona: Ariel, 1982. p. 59.

³⁸ Tradução: a justiça absoluta é um ideal irracional, ou, dito em outras palavras, uma ilusão, uma das eternas ilusões do homem.

Outro vetor importante do não cognoscitivismo é a tese emotivista sustentada por pensadores neopositivistas como Carnap e Ayer. Segundo este último:

Al decir que un tipo de acción es justa o injusta, no estoy haciendo un enunciado fáctico, ni tampoco un enunciado sobre mi propia actitud mental. Simplemente expreso ciertos sentimientos morales³⁹.

A concepção emotivista da ética tem sido defendida também por Charles Stevenson, que, ao analisar a linguagem moral, demonstrou que nos juízos de valor a resposta (por parte de quem escuta) e o estímulo (por parte de quem fala) se traduzem em uma determinada manifestação de emoções. Dessa forma, a afirmação por parte de um sujeito de que algo é “bom” significa a aprovação de quem a formula (emoção estimativa) assim como o desejo de que os demais compartilham dessa estimação (emoção persuasiva)⁴⁰. A projeção do *emotivismo* axiológico ao Direito se deve, principalmente ao realismo escandinavo e, especialmente, aos expoentes da Escola de Uppsala como Axel Hägerström, entre outros⁴¹.

É evidente que a partir dos pressupostos não cognocitivistas torna-se impossível a fundamentação dos direitos humanos. Isto significa que em determinadas ocasiões, estas teses são úteis para evidenciar a falta de rigor de algumas doutrinas dirigidas a fundamentá-los e que dificilmente contribuem para justificá-los.

Destarte, nem o realismo, ao considerar a problemática da fundamentação dos direitos humanos como algo resolvido, nem o positivismo, que o considera “*irresolúvel*”, são capazes de oferecer o bastião teórico adequado para enfocar o problema.

As posturas realistas centralizam a sua problemática na obtenção de elementos mais adequados para realizá-los, enquanto o positivismo jurídico descarta a possibilidade de estabelecer premissas racionais que justifiquem os direitos humanos. Assim, a tarefa a ser realizada consiste na análise das técnicas formais de positivação através das quais estes direitos alcançam “*status normativo*” nos ordenamentos jurídicos dos mais

³⁹ AYER, A. J. *Language, truth and logic*. 2ª ed. New York: Dover Publications, 1964. p. 107.

⁴⁰ STEVENSON, Charles. *Facts and values*. New Haven: Yale University Press, 1963. p. 86.

⁴¹ PATTARO, E. *Il realismo giuridico scandinavo*, I, Axel Hägerström. Bologna: Cooperativa Libreria Universitaria Editrice, 1974. p. 58.

distintos sistemas políticos.

Diante do exposto, evidencia-se a íntima interseção existente entre a fundamentação dos direitos humanos e o jus-naturalismo, na sua acepção funcional, aberta e deontológica.

Crawford B. Mac Pherson sustenta que qualquer doutrina acerca do tema direitos humanos se constitui de certa forma, como uma doutrina jus-naturalista, implicando em reconhecer que esses direitos devem ser concedidos doutrinariamente como espécie do direito natural e que nem o direito positivo nem o costume constituem fundamento suficientemente capaz de alicerçá-los⁴².

A polêmica acerca da fundamentação dos direitos humanos é atual e vigente, pois os argumentos do debate possuem inserção prática, e a “fundamentação objetivista” dos direitos humanos contribuiu decisivamente para a construção doutrinária e jurisprudencial de uma teoria de valores, regras e princípios que possui validade objetiva, absoluta e universal, independente das experiências individuais e das consciências valorativas.

Essa teoria concebe os direitos humanos pela via constitucional, positivando-os e consagrando-os como direitos fundamentais. Nesse sentido, apresentam-se como um sistema de valores objetivos dotados de unidade material, como a suprema expressão de ordem axiológica de uma comunidade.

A interpretação da Constituição e de seus direitos aclamados como fundamentais deve, por essa tese, se reconduzir aos princípios axiológicos objetivos que determinam o alcance das virtuais situações individuais, sendo que a principal virtude das teses objetivistas se encontra na sua pretensão de fundamentar os direitos humanos em valores objetivos não submetidos à discussão em razão de sua evidente conexão metafísica com o absoluto, o que significará também, a sua maior limitação.

Das diversas teorias éticas que surgem de premissas objetivistas, a teoria da

⁴² MAC PHERSON, Crawford B. Los derechos naturales em Hobbes y en Locke. In: Revista del instituto de ciencias sociales. nº 5, 1965. p. 191.

ética material de valores de Max Scheller, inspirada na fenomenologia husserliana e o objetivismo ontológico cristão, baseado no legado da tradição aristotélica-tomista, caracteriza-se por evidenciar a problemática da fundamentação dos direitos humanos.

Por sua vez, a fundamentação subjetivista possui uma importância indiscutível para a garantia das liberdades públicas de cunho individual. Seu principal mérito reside no fato de ter configurado um sistema de direitos com fins de defender a autonomia humana frente às ingerências do poder.

Esta postura, entendida como autoconsciência racional da dignidade, da liberdade e da igualdade demonstra a base da melhor tradição do jusnaturalismo humanista e democrático, base da fundamentação moderna dos direitos humanos.

No entanto, projetou-se no pensamento anglo-saxão uma interpretação radical da fundamentação subjetivista, capitaneada por Karl Popper e Friedrich Von Hayek, baluartes do neoliberalismo.

Popper parte do princípio kantiano de que “*todo individuo constituye un fin en si mismo*”⁴³, inclinando-se para um subjetivismo axiológico ao negar a existência de qualquer valor social ou princípio histórico que possa transcender o indivíduo e, ao considerar incorreta a identificação do individualismo com o egoísmo e do coletivismo com o altruísmo.

Evidencia-se na análise popperiana a reivindicação do primado da liberdade individual como fundamento de valores ético-políticos de cunho liberal-progressista, considerando insustentável qualquer tentativa de submeter a História ou o Desenvolvimento Social à leis dogmáticas inexoráveis, ainda que se apresentem com pretensões científicas.

É importante ressaltar que a análise popperiana advoga a negação do negativismo⁴⁴, alicerçada na idéia de que o conflito existente entre os sistemas de valores

⁴³ POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. ver. cast. de E. Loedel. Buenos Aires: Paidós, 1967. p. 348. v. II. Nossa tradução: todo indivíduo constitui um fim em si mesmo.

⁴⁴ Negativismo é uma das expressões que caracterizam o *niilismo* que, segundo Heidegger, foi usada pela primeira vez pelo filósofo alemão Friedrich Heinrich Jacobi, em carta a Fichte, publicada em 1799. Mais tarde, o termo foi empregado pelo romancista russo Ivan Turgueniev para designar a concepção que, afirmando a existência apenas do que é perceptível pelos sentidos, negava tudo aquilo que se funda na tradição e na

morais é inerente a toda sociedade democrática (aberta e pluralista) não obstante não postule, como o relativismo, uma doutrina onde não possa ser defendido nenhum conjunto de valores⁴⁵.

Hayek⁴⁶, por sua vez, apresenta uma análise de tendência marcadamente conservadora. Suas teses influenciaram economistas neo-liberais ao condicionar a existência da liberdade individual com a defesa da liberdade de mercado.

No entanto, todos os intentos de estender a metodologia econômica à análise da fundamentação dos direitos humanos, projetando sobre eles os critérios da teoria do preço devem ser avaliados com desconfiança. John Rawls⁴⁷, neo-liberal progressista, sustenta o entendimento de que:

no existe una teoría acerca de las constituciones justas, que considere que éstas son procesos que conducen a una legislación justa que concuerda con la teoría que concibe los mercados competitivos como procedimientos eficaces y esto parece implicar que la aplicación de la teoría económica al proceso constitucional actual tiene graves limitaciones, en tanto la conducta política esté afectada por el sentido que las personas tienen de la justicia, como ocurre en la toda sociedad viable, en la que una legislación justa es el primer fin social⁴⁸.

É inaceitável, portanto, o entendimento neo-liberal dos direitos humanos

autoridade. Dostoievski, nas palavras de explicação que escreveu a propósito de seu célebre discurso sobre Puchkin, refere-se ao fenômeno de morbidez que caracteriza a inteligência russa e a minoria desenraizada que pretende manter-se acima do povo, o negativismo do homem russo, homem sem descanso, que não consegue decidir-se em relação a nada do que existe, que não acredita em seu solo natal e acaba negando a Rússia e sua classe social, nada querendo ter em comum com seus compatriotas e sofrendo com isso.

Pode-se falar em *niilismo* russo que, representado por Pisarev, Tchernichevski, Dobroliubov e outros, negava a Deus, o espírito, a alma, as idéias, as normas e os valores supremos, devendo ser considerado, quanto às suas origens, um fenômeno religioso. Em sua essência, é a negação dogmática do mundo mergulhado no mal; é a negação de tudo o que é luxo, arte, metafísica, religião.

Há também o *niilismo* segundo Nietzsche, que concebe-o como um movimento ou processo histórico que, mergulhando suas raízes nos séculos anteriores, deverá determinar os séculos futuros. Sua essência consiste na morte de Deus e nas conseqüências que resultam dessa morte. Portanto, o *niilismo* para Nietzsche não consiste apenas na desvalorização dos valores supremos até então vigentes, pois a ruína desses valores torna urgente a criação de novos valores que os substituam. O *niilismo* seria a característica desse estágio intermediário entre o crepúsculo dos deuses antigos e o anúncio do novo mundo, feito à imagem e à semelhança do homem.

⁴⁵ POPPER, Karl. Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual. trad. cast. de C. García Trevijano. Tecnos, Madrid: Tecnos, 1977. p. 155-156.

⁴⁶ Apud RAWLS, John. Teoría de la justicia. trad. cast. de María D. Gonzáles. Buenos Aires: FCE, 1979.

⁴⁷ RAWLS, John. *op. cit.* p. 401-402.

⁴⁸ Tradução: Não existe uma teoria a respeito das constituições justas, que considere que estas são processos conduzem a uma legislação justa que concorda com a teoria que concebe os mercados competitivos como procedimentos eficazes e isto parece implicar que a aplicação da teoria econômica ao processo constitucional atual tem graves limitações, contanto que o comportamento político seja afetado pelo senso que as pessoas tem da justiça, como isto acontece em toda sociedade viável, na qual uma legislação justa é o primeiro fim social.

mesmo se se concordar com a análise popperiana⁴⁹ de que “*si se pierde la libertad, ni siquiera habrá igualdad entre los no libres*”⁵⁰, pois a premissa da liberdade como bem mais importante que a igualdade, (e a assertiva de que a busca da igualdade pode condenar a liberdade a perigo) não pode ser digna de acolhimento. A liberdade sem igualdade desemboca no elitismo e se traduz na liberdade de poucos, tão bem denunciada por Anatole France⁵¹: ricos e pobres possuem “liberdade” para mendigar e dormir debaixo da ponte ou para se hospedarem no Hotel Ritz.

Além das teses neo-liberais, consagradoras da primazia da liberdade individual, o enfoque subjetivista da fundamentação dos direitos humanos também se manifesta através das teses neo-contratualistas de John Rawls, Ronald Dworkin e Robert Nozick, representantes dos esforços da doutrina contemporânea em reutilizar a teoria jusnaturalista dos direitos humanos.

Rawls⁵² não deixou de admitir que sua concepção de justiça como imparcialidade se identifica com a teoria do Direito Natural ao afirmar que o termo natural “*sugiere el contraste entre los derechos identificados por la teoria de la justicia y los derechos definidos por la ley o por la costumbre*”⁵³.

Com isso, os direitos naturais dependem apenas de certos atributos cuja presença pode ser comprovada através da chamada razão natural, independente de convenções sociais e normas legais, caracterizando-se por seu “*status*” de prioridade, pois, para Rawls, os direitos facilmente anuláveis por outros valores não se constituem como direitos naturais.

A teoria de Rawls se resume em dois pontos vitais: no primeiro, cada indivíduo deve possuir direitos compatíveis a um sistema amplamente garantidor de liberdade para todos; no segundo, as desigualdades sociais e econômicas devem ser estruturadas de

⁴⁹ POPPER, Karl. **La sociedad abierta y sus enemigos**. vol. II, ver. cast. de E. Loedel. Buenos Aires: Paidós, 1967. p. 49.

⁵⁰ Tradução: Se se perde a liberdade, nem sequer haverá igualdade entre os não livres.

⁵¹ Apud RAWLS, John. **Teoría de la justicia**. trad. cast. de Maria D. Gonzáles. Buenos Aires: FCE, 1979.

⁵² RAWLS, John. *op. cit.* p. 558.

⁵³ Tradução: sugere o contraste entre os direitos identificados pela teoria da justiça e os direitos definidos pela lei ou pelos costumes.

modo a que seja possível assegurar a igualdade de oportunidades e maiores benefícios para os menos favorecidos.

O aspecto mais debatido da teoria de Rawls consiste na justificação dos princípios de justiça que sustentam o sistema de direitos naturais ou liberdades básicas, através da pretensão de derivá-los da hipótese de uma suposta “posição original”⁵⁴, na qual os indivíduos, livres e interessados em si próprios, chegariam a um mínimo de consenso no tocante às bases sócio-políticas de sua convivência futura, ainda que desconhecendo suas futuras posições sociais nessa sociedade.

Ronald Dworkin, por sua vez, sustenta que os indivíduos possuem interesses cuja titularidade lhes dá direito a defendê-los, quando isto for oportuno⁵⁵. Para ele, a fundamentação contratualista dos direitos naturais permite qualificar como o melhor programa político aquele que busca a proteção de determinadas opções individuais básicas e não as subordinar a fins coletivos, insistindo no caráter “natural” dos direitos básicos, diferenciando-os daqueles que têm uma base legal ou consuetudinária.

A chamada *right-based theory*⁵⁶ defendida por Dworkin é analisada através do modelo construtivista, apresentando uma concepção de direitos e liberdades básicos vistos como direitos naturais.

A análise dworkiniana⁵⁷ entende os direitos naturais ou morais como direitos que possuem sua razão de ser na proteção que prestam ao indivíduo, ainda que “*against the majority*”⁵⁸. Dworkin justifica este enfoque subjetivista e individualista explicando que existem direitos e liberdades que desempenham um papel tão relevante para a Humanidade que não podem estar submetidos à decisões e vontades políticas.

Em evidente polêmica com a visão utilitarista, a análise dworkiniana advoga que quando alguém tem um direito básico, o governo não poderá negá-lo ainda que em nome

⁵⁴ Isto é, hipotética, o chamado “véu da ignorância”.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 2. ed. London: Duckworth, 1978. p. 176.

⁵⁶ Tradução: Teoria baseada no direito.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *op. cit.* p. 177.

⁵⁸ Tradução: contra a maioria.

de um “suposto” interesse geral, não estando, por exemplo, legitimado para restringir a liberdade de expressão (mesmo se considerar que tal restrição possa vir a contribuir para o interesse geral).

Além disso, coube a Dworkin dirigir a sua argumentação mais para a idéia de igualdade do que para a idéia de liberdade, centrando suas teses na primazia do direito básico à igualdade de tratamento.

A radicalização da fundamentação subjetivista se deu, no entanto, por intermédio da contribuição doutrinária de Robert Nozick, chegando a se apresentar como uma tese individualista, libertária e anárquica⁵⁹.

Apoiando-se numa interpretação pessoal da Teoria dos Direitos Naturais do chamado *state of nature*⁶⁰, de John Locke, Nozick defende uma concepção de direitos

humanos como limites absolutos para a atuação do Estado e dos demais indivíduos. Rejeita as teorias teleológicas que, como a utilitarista, permitem o sacrifício dos direitos individuais sob pretexto de que assim se pode maximizar sua extensão.

Nozick declara como moralmente condenável qualquer pretensão de se sacrificar os direitos de uns em benefício de outros por serem os homens indivíduos *separados e autônomos*, sendo qualquer ingerência estatal na esfera dos direitos individuais considerada como *violação da pessoa independente e autônoma*.

Portanto, para Nozick, não cabe ao Estado promover a *justiça distributiva*, ainda que imensas sejam a pobreza e as desigualdades e, além disso, suas teses conduzem a uma desvalorização do Estado, à apologia do chamado Estado-mínimo, condenando-o a um papel de meramente cumprir funções de “vigilante noturno” (*night-watchman state*), ou seja, limitar a ação estatal à tutela dos direitos individuais, sem possibilidade de modificá-los e, menos ainda, de sacrificá-los em razão de qualquer interesse social ou coletivo.

⁵⁹ NOZICK, Robert. **State and utopia**. Oxford: Blackwell, 1974. p. 22.

⁶⁰ Tradução: Estado natural.

A teoria dos direitos naturais em Nozick⁶¹ fundamenta-se numa concepção de justiça denominada *entitlement theory*⁶² onde cada indivíduo é titular (*entitled*) de direitos adquiridos em virtude de apropriação histórica (*historical entitlement theory*) e que repousa na máxima: “*Whatever arises from a just situation by just steps is itself just*”⁶³.

Tais fundamentos legitimam em termos absolutos e ilimitados os direitos de apropriação e, em especial, a defesa do direito de propriedade, baluarte do pensamento de Robert Nozick.

A fundamentação subjetivista se revelou, no entanto, incapaz de incorporar, ao nível prático, a garantia Jurídica de condições materiais e culturais de existência e manutenção à teoria dos direitos fundamentais.

Não obstante as coincidências evidenciadas nas teses neo-liberais e neo-contratualistas no tocante aos direitos humanos e os “*ares de similaridade*” no tocante à defesa dos interesses individuais, faz-se mister analisar as diferentes posturas apresentadas por Rawls, Dworkin e Nozick.

Independente dos pressupostos ideológicos que os diferenciam tais como o liberalismo progressista de Rawls e Dworkin em face do liberalismo individualista-conservador de Nozick, existem no bojo de suas teses discrepâncias de relevância.

Rawls inspira-se na doutrina jusnaturalista de Rousseau e em Kant. Nozick, por sua vez, se alicerça em John Locke, enquanto Dworkin fundamenta sua construção doutrinária em Thomas Paine. Nozick analisa a legitimação dos direitos oriundos da apropriação histórica dos indivíduos atomizados, os quais protegem seus direitos por meio de uma multiplicidade de contratos particulares que desembocam na justificação do Estado Mínimo. Já Rawls e Dworkin fundamentam suas teorias de justiça e dos direitos naturais em um contrato geral calcado na hipótese de uma situação originária.

Dessa forma, a análise nozickiana propõe rigorosa abstenção para a ação

⁶¹ NOZICK, Robert. **State and utopia**. Oxford: Blackwell, 1974. p. 151

⁶² Tradução: Intitular direito

⁶³ Tradução: Qualquer coisa que venha de uma solução justa por via justa é justa por si própria.

estatal enquanto Rawls clama por uma necessária atuação por parte dos poderes públicos para a realização dos princípios de justiça distributiva. Dworkin possui comportamento análogo ao de Rawls ao admitir a intervenção estatal como bastião para a efetividade de seu direito básico de igualdade de consideração e respeito, conferindo à atividade judicial um papel decisivo na tutela dos direitos fundamentais.

Como alternativa às fundamentações objetivistas e subjetivistas, surge a fundamentação intersubjetivista, representando um esforço em conceber os direitos humanos como valores intrinsecamente comunicáveis, expressando demandas históricas e culturais compartilhadas, abraçando a metodologia construtivista de análise e permitindo suscitar um consenso geral acerca da sua justificação.

As fundamentações intersubjetivistas dos direitos humanos contribuíram para a orientação teórica e jurisprudencial com tendências a afirmar a multi-funcionalidade dos direitos fundamentais e atendendo à diversidade de objetivos que possam perseguir tais direitos num sistema axiológico-pluralista. Apresenta o valor de propiciar uma estrutura aberta e dinâmica dos direitos fundamentais, mas corre o risco de relativizar em excesso o seu conteúdo⁶⁴.

A fundamentação intersubjetivista leva em conta o legado cultural, entendendo que os homens se desenvolvem num contexto sócio-cultural mutante. Em relação ao objetivismo, demanda uma revalorização do papel do Homem no processo de identificação e de justificação racional dos valores ético-jurídicos e, ao subjetivismo, postula a possibilidade de uma objetividade intersubjetiva desses valores baseada na comunicação de dados antropológicos que lhes servem de alicerce.

O ponto de partida da fundamentação intersubjetivista dos valores reside na crítica aos postulados axiológicos do objetivismo e do subjetivismo. Esta tarefa, vinculada às raízes de uma atuação comunicativa racional enquanto condição epistemológica para o

⁶⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Debate, 1984. p. 162.

alcance de um consenso sobre os valores pode ser encontrada nas teses de Jürgen Habermas.

Na teoria habermasiana, o positivismo parte do pressuposto de que as questões práticas não são suscetíveis de discussão racional, não obstante estas precisarem ser definitivamente decididas. Ao supor uma forma de filosofia axiológica subjetiva, o positivismo acaba por conduzir a um decisionismo, a uma eleição irracional de sistemas valorativos, reduzindo as normas à meras decisões de valor⁶⁵.

Com isso, o subjetivismo racional positivista termina buscando seu complemento na mitologia. Por outro lado, a ética axiológica objetiva, postulada por Scheler e Hartmann⁶⁶, concebe as relações axiológicas desvinculadas do seu nexos vital real, implicando “una falsa racionalización de lo desracionalizado”⁶⁷.

Com fins de superar estas constatações, Habermas propõe uma espécie de intersubjetivismo, destinado a fundamentar consensualmente a verdade dos argumentos e a correção das normas reguladoras das atividades sociais enquanto manifestações da *praxis* comunicativa. Dessa forma, a validade ou invalidez de um argumento ou de uma norma social pode ser medida por sua idoneidade para o êxito de um entendimento intersubjetivo. A experiência comunicativa é conduzida por um interesse prático com vistas a manter a cooperação social. Habermas pretende reelaborar criticamente o transcendentalismo kantiano ao insistir em premissas gerais e necessárias como também busca superar a crítica de abstração e formalismo à hipótese comunicativa ideal. Para ele, a situação ideal não constitui um dado empírico, mas tão pouco é uma mera abstração formal⁶⁸.

Desse modo, vincula-se o consenso racional com o consenso efetivamente alcançado, submetendo qualquer consenso empírico à crítica instrumentalizada nas condições da situação ideal. De acordo com esse entendimento, o valor verdade, assim como qualquer valor, não depende das evidências lógicas do objetivismo nem das meras verificações

⁶⁵ CHUAUÍ, Marilena. **Convite a filosofia**. 12ª ed. São Paulo: Ática, 2001.

⁶⁶ Apud CHUAUÍ, Marilena. *op. cit.* p. 301.

⁶⁷ Tradução: uma falsa racionalização do desracionalizado.

⁶⁸ CHUAUÍ, Marilena. **Convite a filosofia**. 12ª ed. São Paulo: Ática, 2001. p. 301.

empíricas do subjetivismo positivista, demandando apenas um consenso racional obtido através de um “construído coletivo”⁶⁹.

A teoria dos direitos fundamentais em Habermas busca orientar a *praxis* política enquanto norma básica do sistema, devendo a mesma aceitar as informações oriundas das ciências sociais que servirem para instrumentalizar uma possível implantação dos direitos humanos, norteando e deflagrando um processo transformador de toda a sociedade. Incompatível com o jusnaturalismo ontológico, não histórico ou idealista, a fundamentação habermasiana dos direitos humanos coincide com tentativas recentes de conceber o direito natural como o conjunto dos valores jurídicos que a razão prática descobre na própria história da sociedade⁷⁰.

Destarte, a investigação doutrinária de Jürgen Habermas impõe uma questão central para a fundamentação atual dos direitos humanos: a elucidação do conceito de necessidades humanas básicas.

Hegel, ao tratar desse tema, vaticinava que o animal possui um espaço limitado de meios para satisfazer suas necessidades, também limitadas. Nesse contexto, os seres humanos buscam a superação dessas limitações, provocando também a multiplicação das necessidades e dos meios para alcançá-los. Além disso, o Homem decompõe e delimita as necessidades concretas em partes e aspectos singulares, resultando em necessidades particularizadas e, por conseguinte, mais abstratas⁷¹.

Ainda no tocante às necessidades, Karl Marx considerava como condições de primeira grandeza, imprescindíveis para a vida, a construção de meios que propiciassem as necessidades básicas como o alimento, as vestes e a casa. Por outro lado, a realização destas necessidades desaguaria em novas e outras necessidades que, reduzidas a sua dimensão

⁶⁹ CHUAUÍ, Marilena. *op. cit.*

⁷⁰ FRANÇA, R. Limongi. **Elementos da hermenêutica e aplicação do direito**. São Paulo: Saraiva, 1984.

⁷¹ HELLER, Agnes. **Teoría de las necesidades em Marx**. Trad. Cast. De J. F. Ivars. Barcelona: Península, 1978. p. 26.

meramente econômica, representariam o perfil clássico da alienação capitalista⁷².

Agnes Heller, ao analisar a obra de Marx, trouxe à doutrina uma importante distinção: as necessidades naturais referem-se aos meios materiais indispensáveis para a manutenção da vida humana; as “necessidades necessárias”, as quais o elemento cultural, moral e os costumes são decisivos para o estabelecimento do que a sociedade, por consenso, aclamou por “razoável” para uma “vida normal” num dado momento histórico, e as necessidades radicais, que implicam em opções axiológicas conscientes que só podem alcançar êxito numa sociedade plenamente desalienada⁷³.

Os direitos humanos, em relação à sua fundamentação, podem ser analisados de formas distintas. Muita controvérsia doutrinária se estabeleceu no tocante a esse tema e, Norberto Bobbio, em seu trabalho *L'illusion du fondement absolu*⁷⁴, propõe substituir a busca desenfreada do fundamento absoluto dos direitos humanos, tarefa análoga a de Sísifo (no inferno, a rolar, montanha acima, enorme pedra que, uma vez chegada ao alto, tombava novamente no fundo do vale), pelo estudo das fundamentações possíveis na doutrina.

Eusebio Fernández trouxe à doutrina importantes contribuições através de seus trabalhos, distinguindo a fundamentação dos direitos humanos em três abordagens distintas: a fundamentação jusnaturalista, que busca situar a fundamentação no direito natural, apresentando a natureza humana como universal e imutável; a fundamentação historicista, que situa a história como mutante e variável e com isso a fundamentação teria esse “caráter cambiante”; e a fundamentação ética que aclama os direitos humanos como exigências éticas e morais, como direitos que os homens possuem pelo simples fato de serem homens, pelo reconhecimento de sua condição de humanidade, devendo esta ser acolhida como objeto de proteção do poder público, tanto político quanto jurídico⁷⁵.

⁷² HELLER, Agnes. **Teoría de las necesidades em Marx**. Trad. Cast. De J. F. Ivars. Barcelona: Península, 1978. p. 26.

⁷³ HELLER, Agnes. *op. cit.* p. 26.

⁷⁴ Este trabalho encontra-se na coleção *Le fondement des droits de l'homme* (Actes des entretiens de L'Aquila - 14-19 septembre 1964, Institut International de Philosophie), La Nuova Italia, Firenze, 1966.

⁷⁵ FERNÁNDEZ, Eusebio. Teoría de la justicia y derechos humanos. In: PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos**

Gregorio Peces-Barba propõe uma concepção dualista dos direitos humanos, buscando superar as versões unilaterais – jusnaturalista e positivista –, ou como afirma Eusébio Fernández “*salir del círculo vicioso de la tradicional polemica entre iusnaturalismo y positivismo*”⁷⁶.

Pérez Luño⁷⁷ apresenta objeções e reservas à tentativa de utilização do termo “direitos morais” como alternativa às expressões “direitos humanos” ou “direitos naturais”, por entender que não existe uma delimitação conceitual precisa e unânime. Para ele, os direitos humanos se apresentam como uma versão moderna da idéia tradicional de direitos naturais, representando um avanço no tocante ao seu processo de positivação.

Além disso, se, com a expressão “direitos morais”, se pretende apresentar a confluência entre as exigências ou valores éticos e as normas jurídicas, disso resulta em afirmar o jusnaturalismo, pois a melhor descrição do direito natural consiste no fato dele oferecer um nome para o ponto de interseção entre Direito e Moral.

Por fim, qualquer tentativa de situar a fundamentação dos direitos humanos numa ordem de valores anterior ao direito positivo é afirmá-los de forma preliminar, consciente ou inconscientemente numa perspectiva jusnaturalista; Assim, o conhecimento e a fundamentação dos direitos humanos a partir das necessidades, apesar de afirmar a distinção entre os respectivos planos do ser e do dever ser, não impõe a necessidade de se transformar numa “fratura abismal”, que impeça a articulação, por vezes necessária, entre os dois universos referidos acima.

Essa articulação se produz à medida que as necessidades extrapolam o universo dos dados imediatos sensoriais para alcançar o universo dos valores e, por isso, faz-se mister abolir a rígida divisão entre ser e dever ser, porém sem que isto implique em aceitar a identificação hegeliana de realidade e razão.

humanos, estado de derecho y constitución. Madrid: Debate, 1984. p. 177.

⁷⁶ PECES-BARBA, G. Los valores superiores. In: PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** Madrid: Debate, 1984. p. 178.

⁷⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** Madrid: Debate, 1984. p. 162.

O êxito da tão difícil mediação entre experiência e valores constitui o problema básico da fundamentação dos direitos humanos e, malgrado a dificuldade não se pode minorar a virtude da tarefa pelas exigências morais de dignidade, liberdade e igualdade trazidas em seu bojo.

Concluído o estudo sobre as liberdades públicas, os itens que se seguem (1.2, 1.3 e 1.4) são dedicados aos direitos fundamentais.

1.2 Críticas às teorias dos direitos fundamentais

Cabe aqui rememorar que, no ano de 1979, proferindo a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, o jurista Karel Vasak utilizou, pela primeira vez, a expressão “gerações de direitos do homem”, buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

De acordo com o referido jurista, a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*)⁷⁸.

O professor e Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade, durante uma palestra que proferiu em Brasília, em 25 de maio de 2000, comentou que perguntou pessoalmente para Karel Vasak por que ele teria desenvolvido aquela teoria. A resposta do jurista tcheco foi bastante curiosa: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu de fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa”.

⁷⁸ Cf. entre outros, PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 28.

Portanto, segundo Cançado Trindade, nem o próprio Vasak levou muito a sério a sua tese⁷⁹.

Mesmo assim, esse desprezioso discurso logo ganhou fama. Os juristas passaram a repeti-lo e até desenvolvê-lo, como, por exemplo, Norberto Bobbio, que foi um dos principais responsáveis pela sua divulgação⁸⁰. Aliás, muitos pensam erroneamente que a doutrina das gerações dos direitos fundamentais é de sua autoria.

Novas gerações foram acrescentadas à tríade inicial⁸¹, destacando-se a quarta, desenvolvida pelo Professor Paulo Bonavides.

Para o grande constitucionalista brasileiro, o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo comporiam a quarta geração dos direitos fundamentais, “*compendiando o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos*” e, somente assim, tornariam legítima e possível a tão temerária globalização política⁸².

Conforme se demonstrará, apesar da fama que alcançou, a teoria das gerações dos direitos fundamentais não se sustenta diante de uma análise mais crítica, nem é útil do ponto de vista dogmático. Possui, contudo, um inegável valor didático, já que facilita o estudo dos direitos fundamentais, e simbólico, pois induz à idéia de historicidade desses direitos. Além disso, o modelo baseado nas gerações fornece o alicerce para a construção de uma nova teoria das dimensões dos direitos fundamentais, esta sim importante e útil.

⁷⁹ Palestra proferida durante o “Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional”. Disponível on-line: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm

⁸⁰ A propósito, v. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Interessante notar que até o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reproduzir a teoria das gerações dos direitos fundamentais, conforme se observa no seguinte voto do Min. Celso de Mello: “enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” (STF, MS 22164/SP).

⁸¹ Já se fala em direitos de quarta, quinta, sexta e até sétima gerações, surgidas com a globalização, com os avanços tecnológicos (cibernética) e com as descobertas da genética (bioética). Cf. HOESCHL, Hugo César. **O conflito e os direitos da vida digital**. Disponível on-line 1º.11.2003: http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria_Juridica/artigos/vida_digital.htm

⁸² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 524-525.

A expressão “geração de direitos” tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e estrangeira. É que o uso do termo “geração” pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que é um erro, já que, por exemplo, os direitos de liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante. O processo é de acumulação, e não de sucessão.

Além disso, a expressão pode induzir à idéia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente, dificultando bastante o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países ditos periféricos (em desenvolvimento), onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos da chamada “primeira geração”.

Por causa disso, a teoria contribui para a atribuição de baixa carga de normatividade e, conseqüentemente, de efetividade dos direitos sociais e econômicos, tidos como direitos de segunda geração e, portanto, sem prioridade de implementação.

Até em países desenvolvidos, como nos Estados Unidos, ainda não se aceita pacificamente a idéia de que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, apesar de inúmeras Constituições de Estados-membros consagrarem em seus textos direitos dessa espécie.

Naquele país, a própria Suprema Corte norte-americana, na chamada “Era Lochner” (primeiras décadas do século XX), declarou a inconstitucionalidade de diversas leis federais, editadas no período do *New Deal*⁸³, que concediam aos trabalhadores direitos sociais mínimos, como a limitação da jornada de trabalho e pisos salariais.

As decisões baseavam-se justamente na idéia de que a “livre iniciativa” ou a “liberdade contratual” era um direito assegurado constitucionalmente, e que o legislador não poderia interferir nessa liberdade, sob pena de violar o “*due process of law*”, em seu sentido material⁸⁴.

⁸³ Tradução: novo negócio.

⁸⁴ Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição como Democracia**. Tese de Doutorado. p. 15-17.

Fica subentendido, nessas decisões, que os direitos de primeira geração (liberdade) são mais importantes do que os direitos de segunda geração (igualdade), como se houvesse uma nítida hierarquia entre esses direitos. Interessante notar também que, nesse período, o ativismo judicial foi bastante intenso, sendo constantemente invocada a cláusula do “*substantial due process*” para impedir o surgimento de direitos sociais, o que demonstra que nem sempre o ativismo judicial é próprio de juízes “revolucionários”...

Como se sabe, essa postura conservadora da Suprema Corte norte-americana foi sendo modificada aos poucos, sobretudo em razão de forte pressão política exercida pelo Presidente Roosevelt. No entanto, até hoje aquele país considera os direitos sociais como direitos de “segunda categoria”. Não é à toa que os Estados Unidos têm-se negado, sistematicamente, a ratificar tratados internacionais de proteção de direitos da segunda e terceira gerações.

A esse respeito, informa Fábio Konder Comparato que o último tratado internacional de direitos humanos integralmente ratificado pelos Estados Unidos foi o Pacto aprovado pelas Nações Unidas em 1966, sobre direitos civis e políticos. O pacto do mesmo ano sobre direitos econômicos, sociais e culturais foi rejeitado pelo Congresso norte-americano, bem como diversos tratados posteriores, inclusive de cunho ambiental, como o Protocolo de Kioto (1998), que prevê metas para a redução de emissão de gases para a atmosfera. Com isso, os Estados Unidos se tornam, no plano internacional, um Estado fora da lei⁸⁵.

Além do equívoco acima exposto, que torna até perigosa a teoria das gerações dos direitos fundamentais, já que dificulta a positivação e a efetivação dos direitos sociais e econômicos, bem como dos direitos de solidariedade mundial, a teoria também não retrata a verdade histórica.

A evolução dos direitos fundamentais não segue a linha descrita (liberdade

⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 433, 532-533.

→ igualdade → fraternidade) em todas as situações. Nem sempre vieram os direitos da primeira geração para, somente depois, serem reconhecidos os direitos da segunda geração.

O Brasil é um exemplo claro dessa constatação histórica. Aqui, vários direitos sociais foram implementados antes da efetivação dos direitos civis e políticos. Na “Era Vargas”, durante o Estado Novo (1937-1945), foram reconhecidos, por lei, inúmeros direitos sociais, especialmente os trabalhistas e os previdenciários, sem que os direitos de liberdade (de imprensa, de reunião, de associação *etc*) ou políticos (de voto, de filiação partidária) fossem assegurados, já que se vivia sob um regime de exceção democrática e a liberdade não saía do papel.

Outro exemplo mais atual dessa falsa idéia de que os direitos de liberdade antecedem historicamente os direitos de igualdade ocorre na China e em Cuba. Nesses países, onde vigora um regime comunista autoritário, não há proteção aos direitos de liberdade, mas vários direitos de igualdade são proclamados pelo Estado.

Além disso, no plano internacional, os direitos trabalhistas (sociais) surgiram primeiro do que os direitos de liberdade, bastando lembrar que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada logo após a I Guerra Mundial para uniformizar, em nível global, as garantias sociais dos trabalhadores, surgiu antes da Organização das Nações Unidas (ONU). Desse modo, vários tratados reconhecendo direitos sociais foram editados no começo do século XX (1920/1930), ao passo que a Declaração Universal dos Direitos do Homem somente foi editada em 1948.

Por fim, outra afirmação que historicamente não traduz totalmente a verdade é a de que a postura do Estado Liberal sempre foi uma postura meramente passiva. Essa é apenas uma meia verdade, pois, no campo da repressão, o Estado liberal foi bastante ativo, extrapolando, muitas vezes, a proclamada condição de espectador, colocando-se ao lado dos detentores do capital na repressão aos trabalhadores.

Era comum o apoio das forças policiais para proteger as fábricas, perseguir

e prender lideranças operárias, apreender jornais, destruir gráficas⁸⁶, demonstrado que o discurso liberal era de mão única, protegendo apenas os interesses da burguesia. Quando a liberdade (no caso, a liberdade de reunião, de associação e de expressão) representava uma ameaça ao *status quo*, o Estado deixava de lado a doutrina do *laissez-faire*, passando a agir, intensamente, em nome dos interesses da burguesia. Qualquer semelhança com o Estado “neoliberal” não é mera coincidência.

Outro equívoco grave da teoria é considerar que os direitos de primeira geração são direitos negativos, não onerosos, enquanto os direitos de segunda geração são direitos a prestações. Essa visão, certamente influenciada pela classificação dos direitos por *status*, desenvolvida por Jellinek⁸⁷, considera, em síntese, que os direitos civis e políticos (direitos de liberdade) teriam o *status* negativo, pois implicariam em um não agir (omissão) por parte do Estado; os direitos sociais e econômicos (direitos de igualdade), por sua vez, teriam um *status* positivo, já que a sua implementação necessitaria de um agir (ação) por parte do Estado, mediante o gasto de verbas públicas⁸⁸.

Essa falsa distinção, repetida sem muito questionamento por quase todos os juristas, é a responsável pela principal crítica que pode ser feita à teoria das gerações dos direitos fundamentais, já que enfraquece bastante a normatividade dos direitos sociais, retirando do Poder Judiciário a oportunidade de efetivar esses direitos.

É um grande erro pensar que os direitos de liberdade são, em todos os casos, direitos negativos, e que os direitos sociais e econômicos sempre exigem gastos públicos. Na verdade, todos os direitos fundamentais possuem uma enorme afinidade estrutural. Concretizar qualquer direito fundamental somente é possível mediante a adoção de um espectro amplo de obrigações públicas e privadas, que se interagem e se complementam, e não apenas com um mero agir ou não agir por parte do Estado.

⁸⁶ DE LUCA, Tânia Regina. *Direitos Sociais no Brasil*, p. 472. In: **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 469-493.

⁸⁷ Apud MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

⁸⁸ Logicamente, a teoria de Jellinek não é tão simples assim, até porque ele inclui outras categorias de status. No entanto, para os fins que ora se propõem, vale mencionar apenas essas duas categorias.

Com exemplos, será mais bem visualizado o equívoco dessa dicotomia.

O direito de propriedade é um direito civil por excelência. Seria um direito de primeira geração e, portanto, de *status* negativo.

Sem dúvida, uma das garantias decorrentes do direito de propriedade compreende a proibição de violação da propriedade pelo Estado, salvo mediante regular processo expropriatório, com prévia e justa indenização, o que denota uma característica negativa desse direito (o Estado *não pode* confiscar a propriedade particular).

No entanto, a sua plena proteção exige também inúmeras obrigações positivas: promoção de um adequado aparato policial para proteger a propriedade privada (segurança pública), edição de normas para garantir o exercício do direito, estabelecimento de medidas normativas e processuais adequadas para garantir a reparação do dano no caso de violação do direito de propriedade *etc.* Ou seja, não basta o Estado ficar inerte, sem gastar nada, para garantir o direito de propriedade. Pelo contrário, a proteção da propriedade exige o dispêndio de grande soma de dinheiro, sob pena de tornar a propriedade alvo fácil de criminosos. Apenas para ilustrar esse aspecto oneroso de um direito dito de primeira geração, basta dizer que os Estados Unidos gastam, com segurança pública, várias vezes o valor que é gasto com a saúde, sobretudo após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001⁸⁹.

Já que se falou em saúde, vale fazer a mesma análise. A proteção do direito à saúde, que é um direito social, e, portanto, de segunda geração, teria, na classificação tradicional, *status* positivo.

No entanto, esse direito não é garantido exclusivamente com obrigações de cunho prestacional, em que o Estado necessita agir e gastar verbas para satisfazê-lo. O direito à saúde possui também facetas negativas como, por exemplo, impedir o Estado de editar normas que possam prejudicar a saúde da população ou mesmo evitar a violação direta da integridade física de um cidadão pelo Estado (o Estado *não pode* agir contra a saúde dos

⁸⁹ Os gastos com segurança interna nos Estados Unidos passaram de US\$ 18 bilhões para US\$ 38 bilhões após os ataques terroristas, conforme noticiou a imprensa (fonte: http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20030910/pri_mun_100903_118.htm).

cidadãos).

Além disso, nem todas as obrigações positivas decorrentes do direito à saúde implicam gastos para o erário. Por exemplo, a edição de normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho não implica qualquer gasto público, pois quem deve implementar tais medidas são, em princípio, as empresas privadas. Veja-se que há vários outros direitos sociais (de greve e de sindicalização, por exemplo) cuja nota mais marcante é precisamente um não-agir estatal. Igualmente, há vários direitos ditos de primeira geração (direito de petição e de ação, direito ao devido processo, direito dos presos a um tratamento digno *etc*) cujo cumprimento somente ocorrerá através da adoção de medidas positivas (agir) por parte do Estado⁹⁰.

Uma simples análise do orçamento estatal no Brasil comprova que os direitos ditos de primeira geração exigem tantos gastos públicos quanto os direitos ditos de segunda geração. Basta ver o que se gasta com o Poder Judiciário, com as polícias e corpos de bombeiros, com os presídios, com as agências reguladoras (ANATEL, ANP *etc*), com o processo eleitoral, com os conselhos de proteção da concorrência (p.ex. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica) *etc.* para perceber que os chamados direitos civis e políticos também são bastante onerosos, e nem por isso é negada a possibilidade de interferência judicial para proteger esses direitos.

Veja-se que aqui nem se mencionou o chamado ônus indireto, decorrente de renúncias fiscais que o Estado pratica para proteger alguns direitos de liberdade, como por exemplo, as imunidades tributárias dos templos de qualquer culto (art. 150, inc. VI, *b*, da CF/88) e dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (art. 150, inc. VI,

⁹⁰ No mesmo sentido, assim discorre Ingo SARLET: “o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde” (Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988, p. 98. In: **Interesse público** n. 12, São Paulo: Nota Dez, 2001. p. 91-107).

d, da CF/88), destinadas a assegurar, respectivamente, a liberdade religiosa e a liberdade de expressão. Também não se mencionou o dinheiro que os particulares gastam para poderem exercer esses direitos (segurança particular, seguros, conselhos de regulação profissional, taxas judiciárias, campanhas eleitorais milionárias *etc*).

Por isso, é fundamental que se afaste essa equivocada dicotomia de que os direitos de liberdade são direitos negativos, não onerosos, e que os direitos sociais são direitos a prestações, onerosos. Essa falsa divisão afeta diretamente a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, contribuindo para reforçar a odiosa tese de que os direitos sociais são meras normas programáticas, cuja aplicação ficaria a depender da boa vontade do legislador e do administrador público, não podendo a concretização desses direitos ser exigida judicialmente.

Na verdade, somente pelo contexto histórico há sentido em distinguir os direitos civis e políticos dos direitos sociais, econômicos e culturais. Do ponto de vista estrutural e funcional, todos esses direitos se equivalem e se completam, numa relação de interdependência.

Como se observa, todas as categorias de direitos fundamentais, sejam os direitos civis e políticos, sejam os direitos sociais, econômicos, ambientais e culturais, exigem obrigações negativas ou positivas por parte do Estado. Os direitos civis e políticos não são realizados apenas mediante obrigações negativas, assim como os direitos sociais, econômicos, ambientais e culturais não são realizados apenas com obrigações positivas.

Percebe-se, com isso, uma interessante afinidade estrutural entre todos os direitos fundamentais, reforçando a idéia de indivisibilidade, conforme já reconhecido pela ONU desde 1948. Note-se, por exemplo, como é difícil desvincular o direito à vida (1ª geração) do direito à saúde (2ª geração), a liberdade de expressão (1ª geração) do direito à educação (2º geração), o direito de voto (1ª geração) do direito à informação (4ª geração), o direito de reunião (1ª geração) do direito de sindicalização (2ª geração), o direito à

propriedade (1ª geração) do direito ao meio ambiente sadio (3ª geração) e assim por diante.

É de suma importância tratar os direitos fundamentais como valores indivisíveis, a fim de não se priorizarem os direitos de liberdade em detrimento dos direitos sociais ou vice-versa. Na verdade, de nada adianta a liberdade sem que sejam concedidas as condições materiais e espirituais mínimas para fruição desse direito.

Não é possível, portanto, falar em liberdade sem um mínimo de igualdade, nem de igualdade sem as liberdades básicas. Como afirma Sérgio Moro,

é até valioso relacionar os direitos sociais às liberdades para que, desde logo, fique claro que não se trata de optar entre aqueles e estas. Não se querem direitos sociais sem liberdade, assim como esta não é possível, para todos, sem aqueles. Em ambos esses casos, ficaria comprometida a democracia e o princípio da dignidade da pessoa humana⁹¹.

Essa indivisibilidade dos direitos fundamentais exige que seja superada essa idéia estanque de divisão dos direitos através de gerações. E mais: exige que seja abominada a idéia de que os direitos sociais são direitos de segunda categoria, como se houvesse hierarquia entre as diversas gerações de direitos fundamentais, e que a violação de um direito social não fosse tão grave quanto a violação de um direito civil ou político.

Em razão de todas essas críticas, a doutrina recente tem preferido o termo “dimensões” no lugar de “gerações”⁹², afastando a equivocada idéia de sucessão, em que uma geração substitui a outra.

A doutrina continua, no entanto, incorrendo no erro de querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dada dimensão, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade dos direitos fundamentais. Na verdade, não é adequado nem útil dizer, por exemplo, que o direito de propriedade faz parte da primeira dimensão. Também não é correto nem útil dizer que o direito à moradia é um direito de segunda dimensão.

O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser

⁹¹ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição como democracia**. Tese de doutorado. p. 217.

⁹² Entre outros: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 26; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 47; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 524-525.

analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

Veja-se, a título de exemplo, o direito à propriedade: na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), a propriedade tem seu sentido tradicional, de natureza essencialmente privada, tal como protegida no Código Civil; já na sua acepção social (segunda dimensão), esse mesmo direito passa a ter uma conotação menos individualista, de modo que a noção de propriedade fica associada à idéia de função social (art. 5º, inc. XXIII, da CF/88); por fim, com a terceira dimensão, a propriedade não apenas deverá cumprir uma função social, mas também uma função ambiental⁹³.

A mesma análise pode ser feita com os direitos sociais, como por exemplo, o direito à saúde. Em um primeiro momento, a saúde tem uma conotação essencialmente individualista: o papel do Estado será proteger a vida do indivíduo contra as adversidades existentes (epidemias, ataques externos, *etc*) ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos (vedação de tortura e de violência física, por exemplo), devendo reparar o dano no caso de violação desse direito (responsabilidade civil).

Na segunda dimensão, passa a saúde a ter uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualização social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial para as pessoas carentes.

Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde alcança um alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população mundial, a ponto de se permitir, por exemplo, que países mais pobres, para proteger a saúde de seu povo, quebrem a patente de

⁹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 26.

medicamentos no intuito de baratear os custos de um determinado tratamento, conforme reconheceu a própria Organização Mundial do Comércio, apreciando um pedido feito pelo Brasil no campo da AIDS⁹⁴.

E, caso se vá mais além, ainda consegue-se dimensionar a saúde na sua quarta dimensão (democracia), exigindo a participação de todos na gestão do sistema único de saúde, conforme determina a Constituição Federal de 1988 (art. 198, inc. III).

O direito ao meio ambiente também pode ser visualizado em múltiplas dimensões. Em uma dimensão negativa, o Estado fica, por exemplo, proibido de poluir as reservas ambientais.

Por sua vez, não basta uma postura inerte, pois o Estado também deve montar um aparato de fiscalização capaz de impedir que os particulares promovam a destruição do ambiente, a fim de preservar os recursos naturais para as gerações futuras.

Além disso, já caminhando em uma quarta dimensão, o Estado deve proporcionar a ampla informação acerca das políticas ambientais (educação ambiental – art. 225, §1º, inc. VI, da CF/88), permitindo, de modo direto, a participação dos cidadãos na tomada de decisões nessa matéria, democratizando o processo político, através da chamada cidadania sócio-ambiental.

Os exemplos se seguem em todos os direitos fundamentais, inclusive os de cunho instrumental (direitos processuais). Como o direito de ação, por exemplo. Na visão tradicional, a ação tem aquele cunho individualista, representando a mera faculdade de acionar o Poder Judiciário.

Com a segunda dimensão, o processo deixa de ser mero instrumento de proteção de direitos subjetivos, passando a ter uma conotação mais social, abrangendo as lides

⁹⁴ A notícia sobre a quebra de patentes de remédios para a AIDS foi amplamente divulgada nos meios de comunicação. Tratava-se, no caso, de um processo movido pelos Estados Unidos contra o Brasil, que havia permitido a licença compulsória de medicamentos com base na Lei de Propriedade Industrial brasileira e no Acordo Internacional sobre Propriedade Intelectual (TRIPS Agreement), firmado pelos países membros da OMC. Ao fim do processo, os EUA aceitaram que o Brasil produza medicamentos genéricos anti-Aids, desde que se comprometa a avisar antecipadamente a concessão de licenças compulsórias de patentes registradas por indústrias farmacêuticas norte-americanas.

coletivas e exigindo do Estado uma postura mais ativa no sentido de facilitar o acesso à Justiça, sobretudo para as camadas mais pobres da população. Ganha também o processo uma conotação democrática (quarta dimensão), devendo ser abertos os canais de participação popular no debate judicial, a fim de pluralizar a discussão, garantindo, assim, uma maior efetividade e legitimidade à decisão, que será enriquecida pelos elementos e pelo acervo de experiências que os participantes do processo poderão fornecer⁹⁵.

Essa democratização da atividade jurisdicional deve afetar, inclusive, a própria administração da Justiça, tornando, por exemplo, o processo de escolha dos membros do Judiciário mais transparente e legítimo.

Como se observa, a teoria da dimensão dos direitos fundamentais, vista com essa nova roupagem, possui implicações práticas relevantes, já que obriga que se faça uma abordagem de um dado direito fundamental, mesmo aqueles ditos de primeira dimensão, através de uma visão sempre evoluída, acompanhando o desenvolvimento histórico desses direitos⁹⁶.

Além disso, essa nova visão baseada na multidimensionalidade dos direitos fundamentais permite a superação da classificação dos direitos por *status*, desenvolvida por Jellinek, que é uma das responsáveis pelo entendimento de que os direitos sociais não seriam verdadeiros direitos, mas simples declarações de boas intenções destituídas de exigibilidade.

A título de conclusão, explique-se que aqui foi demonstrado que a teoria das gerações dos direitos fundamentais não é correta. As críticas desenvolvidas não tiveram, logicamente, a pretensão de desmerecer por completo a teoria. Pelo contrário. Pretendeu-se, apenas, apresentar alguns equívocos e perigos que ela pode acarretar para a concretização dos

⁹⁵ Nesse sentido, Peter HÄBERLE, na obra *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*, defende que cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam valiosas forças produtivas da interpretação, cabendo aos juizes ampliar e aperfeiçoar os instrumentos de informação, especialmente no que se refere às formas gradativa de participação e à própria possibilidade de interpretação do processo constitucional (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 9-10).

⁹⁶ A respeito da natureza histórico-evolutiva dos direitos humanos, v. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

direitos considerados de gerações subseqüentes.

Não se nega a sua importância didática e simbólica. É fundamental que se busque sempre o reconhecimento de novos direitos, bem como que se tenha a consciência de que os direitos fundamentais não são valores imutáveis. Nesse ponto, a teoria facilita a compreensão do processo evolutivo dos direitos fundamentais, embora essa evolução demonstrada pela teoria não se aplique a todas as situações históricas.

Por último, é preciso reforçar a mudança de paradigma que deve ser feita. Não se deve procurar incluir tal ou qual direito em uma determinada geração (melhor dizendo: dimensão), como se as outras dimensões não afetassem o conteúdo desse direito. Todos os direitos fundamentais (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais, etc) devem ser analisados em todas as dimensões, a saber: na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade e fraternidade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Cada uma dessas dimensões é capaz de fornecer uma nova forma de conceber um dado direito.

A liberdade sem o mínimo de igualdade pouco vale. Do mesmo modo, de nada adianta a igualdade se não há garantia de liberdade. A luta pela efetivação dos direitos fundamentais deve englobar todos esses direitos e não apenas os de uma determinada “geração”, como se essa efetivação devesse ocorrer de forma progressiva de uma geração para outra.

Não se pode aceitar o discurso, tão em voga nesses tempos neoliberais, de que o papel do Estado é apenas garantir as liberdades básicas, cabendo à iniciativa privada a prestação dos direitos sociais e econômicos.

Na verdade, se não houver uma intervenção estatal no sentido de promover a distribuição da riqueza, buscando a redução das desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, da CF/88), através da concretização dos direitos sociais e econômicos, sobretudo para as pessoas mais carentes, a prometida “neo-liberdade” não passará de instrumento de escravização

branca.

Daí porque é cada vez mais importante quebrar essa dicotomia entre direitos de liberdade e direitos de igualdade, tratando todos os direitos fundamentais como valores indivisíveis e interdependentes.

1.3 Os direitos fundamentais como parte nuclear na constituição em um Estado Social Democrático de Direito

É notório que os direitos fundamentais constituem a base e a essencialidade para qualquer noção de Constituição, haja vista que estes encontram-se intrinsecamente vinculados aos mais diversos textos constitucionais, normatizados e efetivados sob a égide dos seus ditames básicos, a saber: à vida, à liberdade, à igualdade e a fraternidade, primando sempre pela dignidade humana.

A premissa para se formar um Estado Social, e que este esteja consubstanciado no princípio democrático, é sem dúvida sua ligação correlacionadora com os direitos fundamentais. Com isso, é mister que se cogite a lição de Maliska, que dispõe: *“Quando as constituições elaboram, em seus primeiros artigos, os fundamentos do Estado e da Sociedade, estes somente alcançam efetividade social mediante concretização dos postulados normativos referentes aos direitos fundamentais”*⁹⁷.

Entretanto, para uma formulação com mais nitidez e clareza, recorre-se mais uma vez ao Prof. Marcos Maliska, que situa com exatidão a idéia de Estado Social Democrático de Direito, quando cita os ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld com base na Constituição Brasileira de 1988, que assim o versa:

Para definir juridicamente o Estado brasileiro de hoje – não só ele: a maioria dos Estados civilizados – basta construir a noção de Estado Social Democrático de Direito, agregando-se aos elementos ainda há pouco indicados, a imposição, ao Estado, do dever de atingir objetivos sociais, e a atribuição, aos indivíduos do correlato direito de exigí-los⁹⁸.

⁹⁷ MALISKA, M. A. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 46.

⁹⁸ MALISKA, M. A. *op. cit.* p. 46-47.

Assim, marcado pela evolução histórica constitucional, através do surgimento de direitos fundamentais de cunho prestacional a saber: assistência social, educação, saúde, cultura etc., já externados na sua historicidade através do tópico descrito nas lições anteriores como direitos da segunda dimensão, o Estado não só tem a função mas também o dever de atuar positivamente na prestação destes direitos fundamentais. Pois a atuação Estatal não deve estar apenas limitada à ação negativa perante o indivíduo, através da não violação da seara individual (direitos da primeira dimensão – direitos civis e políticos), mas sim de prestação à população de condições materiais essenciais⁹⁹.

Então, surge outra variante, o desenvolvimento econômico, que se consubstancia como condição para realização desta prestação dos direitos sociais. Com isso, o Estado, na lição de Maliska¹⁰⁰, tem por conseqüência incrementar o desenvolvimento econômico, efetuando assim uma função que não é inerente da concepção de Estado Social. No entanto, seguindo a linha de raciocínio do Prof. Maliska, este ensina que:

Um Estado Social Democrático de Direito poderia definir-se não pela atuação direta, ou não, na economia, mas sim pelo comprometimento Constitucional com os direitos sociais, pela definição das atribuições do Estado, ainda no tocante à prestação direta dos serviços públicos, quando tais serviços sejam de prestação gratuita e universal, como são saúde, educação e assistência social¹⁰¹.

Neste sentido, o Estado, para cumprir com suas obrigações sociais na prestação de serviços básicos e essenciais à população, principalmente nos países subdesenvolvidos, há que se ter uma série de investimentos consideráveis na área social. Para alavancar estes investimentos, o Estado atua como ente econômico, para desta forma conseguir crescer economicamente e, conseqüentemente, cumprir com suas obrigações constitucionais no que tange as prestações sociais¹⁰².

Na esfera de um Estado social de Direito, os direitos fundamentais na sua gama de valores axiológicos, exigem a democracia material, pois conforme Luzia M. da Silva Cabral Pinto:

⁹⁹ MALISKA, M. A. *op. cit.* p. 47.

¹⁰⁰ MALISKA, M. A. *op. cit.* p. 49.

¹⁰¹ MALISKA, M. A. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 42.

¹⁰² MALISKA, M. A. *op. cit.* p. 52-53.

É nesta que os requisitos da dignidade humana poderão ser verdadeiramente preenchidos, já que só então os indivíduos estarão subtraídos, não apenas ao arbítrio do poder político, mas também às coações derivadas do poder econômico e social”¹⁰³.

O Estado de Direito e os direitos fundamentais estabelecem uma relação recíproca, pois o Estado de Direito, como a própria nomenclatura já diz, necessita da dependência, funcionalidade e garantia dos direitos fundamentais para ser este Estado de Direito, de tal sorte que os direitos fundamentais como consequência, requerem para sua efetivação, a positivação e normatização, bem como as garantias por parte do Estado de Direito.

Com este entendimento, é oportuno o esclarecimento do jurista gaúcho Ingo Sarlet, baseada na lição de Schneider:

É justamente neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo ordenamento jurídico¹⁰⁴.

Os direitos fundamentais constituem o corpúsculo de toda Constituição inserida num Estado Social e Democrático de Direito, e a Carta Magna de 1988, não foge a regra, haja vista o ensinamento de Sarlet:

Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º, caput, refere-se apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisso parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado Social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição¹⁰⁵.

Acerca da temática, convém citar o pensamento do Prof. Marcos Maliska, já tantas vezes citado, que designa a postura dos direitos fundamentais na Lei Maior:

Sendo assim, os direitos fundamentais, além de condicionantes formais de validade da ordem jurídica, em decorrência da posição hierárquica superior em que se encontram, também assumem posição de condicionantes materiais, ou seja, passaram a vincular a ordem jurídica sob o prisma do conteúdo de tais direitos¹⁰⁶.

Com o escopo de tornar mais nítida a noção do que representa os direitos

¹⁰³ PINTO, L. S. M. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 149.

¹⁰⁴ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 61.

¹⁰⁵ SARLET, I. W. *op. cit.* p. 102-103.

¹⁰⁶ MALISKA, M. A. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 57.

fundamentais como base de uma Constituição, que segundo Konrad Hesse: “*é a ordem fundamental jurídica da coletividade*”¹⁰⁷, é mister socorrer-se mais uma vez a lição do jurista gaúcho Sarlet:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material¹⁰⁸.

Assim, os direitos fundamentais apareceram inseridos na Constituição delineando um Estado Democrático, desde o célebre artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, tantas vezes citado e interpretado: “*toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada (...) não possui Constituição*”.

Diante desta concepção, configurou-se os pilares do que vem a ser a esfera central das primeiras Constituições escritas e posteriormente do aparecimento das Cartas Sociais. Então, para viver-se em um Estado Social de Direito, lapidado por princípios democráticos, é de relevância que a Constituição, além de fomentar a organização estatal, seja torneada de direitos fundamentais, atingindo efetivamente os fins sociais, para assumir o papel de guia da sociedade¹⁰⁹.

1.4 Sistema de abertura e flexibilidade dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, por seu teor e significado na Constituição de 1988, preconizam a possibilidade de um sistema aberto. Diante disto, surge a problemática de que maneira este sistema se insere nos textos constitucionais vigentes e como externar-se-á a sua interpretação e concepção dos direitos de cunho fundamental.

Posto isso, adentra-se no campo da filosofia, bem como na seara hermenêutica contemporânea, especificamente no âmbito do direito Constitucional,

¹⁰⁷ HESSE, K. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 37.

¹⁰⁸ SARLET, I. W. *op. cit.* p. 60.

¹⁰⁹ MALISKA, M. A. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 58.

demonstrando o contraste existente o método tópico e o método sistemático, bem como o grau de equilíbrio entre as duas formas de pensar e a sua interação com a idéia de um sistema aberto.

O método tópico surgiu com um intuito renovador da hermenêutica atual no campo jurídico, e o responsável por este caminho cognitivo se deve a Theodor Viehweg¹¹⁰, que com sua obra gerou polêmicas e reflexões na esfera do Direito, o Estado e a Constituição. A exaustão posterior do positivismo racionalista, em consonância com a incredulidade generalizada em suas soluções, “*fez inevitável a ressurreição da tópica como método*”¹¹¹. Quando se fala em um sistema aberto a regras e princípios para a Constituição, o jurista lusitano Gomes Canotilho escreve que

É um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança de realidade e estarem abertas a concepções cambiantes da verdade e da justiça¹¹².

O Prof. Maliska interpretando o ensinamento de Canotilho ressalta para a possibilidade de refletir o texto Constitucional como verdadeira e constante busca, ou seja, o texto Constitucional não está pronto e acabado, mas em vias de ser construído, de maneira que a interação do texto com a realidade deve ser total, de modo a garantir a sua supremacia e sua força normativa¹¹³.

A operação de ligamento entre a realidade, ou seja, os conflitos e os problemas, com a norma, acaba por designar a tópica, que funciona como uma maneira de solucionar o caso, consubstanciando o escopo da interação entre o sistema e a regulação do caso¹¹⁴.

Se o pensamento sistêmico constitui-se um pensamento ‘lógico-dedutivo’, a tópica vem a ser o contraste na terminologia usada por Schneider, que idealiza a distinção

¹¹⁰ VIEHWEG, T. **Tópico e jurisprudência**. Tradução portuguesa por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça co-edição com EdUNB, 1979. p. 167.

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 447.

¹¹² MALISKA, M. A. **A influência da tópica na interpretação constitucional**. Curitiba: 1998. p. 16. Trabalho de conclusão da disciplina Filosofia do Direito, Mestrado, Universidade Federal do Paraná.

¹¹³ MALISKA, M. A. *op. cit.* p. 16.

¹¹⁴ MALISKA, M. A. *op. cit.* p. 16.

entre elementos ‘cognitivos e volitivos’ do conhecimento jurídico. “O volitivo é um instrumento do método tópico e o cognitivo um dado característico da inquirição dedutiva, lógica e sistemática”¹¹⁵.

Definindo o sistema jurídico como “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”, Canaris prescreve que o sistema não é fechado, e vale tanto para o sistema científico (sistema de proposições doutrinárias) quanto para o sistema objetivo (sistema da ordem jurídica)¹¹⁶. Adentrando ainda mais no pensamento de Canaris, este ensina que:

A abertura do sistema jurídico não contradita a aplicabilidade do pensamento sistemático na ciência do Direito. Ela partilha a abertura do “sistema científico” com todas as outras ciências, pois enquanto no domínio respectivo ainda for possível um processo no conhecimento, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido, nenhum desses sistemas pode ser mais do que um projecto transitório. A abertura do “sistema objectivo” é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objecto, designadamente, da essência do direito como fenómeno situado no processo da história e, por isso, mutável¹¹⁷.

Apesar de Canaris, preocupado com a metodologia do Direito, externar suas críticas a Viehweg sobre um sistema tópico, este tem por base sua inclinação a uma visão sistemática da ciência jurídica. Nem por isso, Canaris abandona de todo, a tópica como método. Proclama-lhe um papel secundário de utilidade, como um instrumento auxiliar na possibilidade do uso da tópica em determinados casos de lacuna da lei, ao qual o preenchimento se torne quase insustentável pela ausência plena de valorações no direito positivo, bem como nas situações de expiações legislativas para o senso comum (*common sense*) e em casos de equidade¹¹⁸. Contudo, se se considera o sistema jurídico como um sistema aberto e normativo de regras e princípios, dever-se-á prestigiar a Tópica numa posição de destaque, especialmente na hermenêutica Constitucional, pela função democrática e também quando as normas são de conteúdo aberto e sua interpretação é vasta¹¹⁹.

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 448.

¹¹⁶ Apud MALISKA, M. A. *op. cit.* p. 16.

¹¹⁷ CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989. p. 281.

¹¹⁸ MALISKA, M. A. **A influência da tópica na interpretação constitucional**. Curitiba: 1998. p. 16-17. Trabalho de conclusão da disciplina Filosofia do Direito, Mestrado, Universidade Federal do Paraná.

¹¹⁹ MALISKA, M. A. *op. cit.* p. 17.

Posto isso, a Constituição

representa pois o campo ideal de intervenção ou aplicação do método tópico em virtude de constituir na sociedade dinâmica uma ‘estrutura aberta’ e tomar, pelos seus valores pluralistas, um certo teor de indeterminação. Dificilmente uma Constituição preenche aquela função de ordem e unidade, que faz possível o sistema se revelar compatível com o dedutismo metodológico¹²⁰.

A essência da tópica como a construção de um método vem a ser ‘pensar o problema’. A tópica não vai na contramão da lógica, é um novo estilo de argumentação. Pois com a tópica, “*a norma e o sistema perdem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples topoi, cedendo lugar hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa*”¹²¹. Segundo Maliska, definindo as principais características da idéia de sistema, ou seja, unidade (vários pontos de referências centrais) e ordem (uma conexão sem hiatos, com a compatibilidade lógica de todos os enunciados),

não afastam e, até mesmo, não são incompatíveis com o pensamento tópico. [...] Isso porque, como sistema aberto, suas normas necessitam interagir com a realidade, de maneira que, por si só, não abarquem todas as possibilidades fáticas¹²².

Outra posição que merece ser destacada, é no sentido de que quando se fala na interação e uniformidade dos métodos tópico e sistemático, é mister que se faça referência aos limites da tópica em relação ao sistema normativo. É neste sentido que são inculcadas as principais críticas ao método tópico.

Essas críticas dirigem-se ao fato de que a tópica colocaria a lei com um *topos* qualquer, de modo que as discussões ultrapassariam os limites legais [...] a tópica aplicada a interpretação jurídica e, em especial, à interpretação Constitucional, nas discussões dos pontos de vista, devem ter a norma como principal condição de argumentação. A norma, em último caso, é o limite da tópica¹²³.

A Constituição, consubstanciada por um sistema aberto, condiciona uma interpretação também aberta, designando desta forma várias considerações e pontos de vista para colaborar com a solução ao caso concreto. E a metodologia tópica, participa deste processo, fazendo com que a Constituição perca até certo ponto, seu caráter reverencial que o formalismo clássico lhe conferira. Assim, leciona o Prof. Bonavides que “a tópica abre tantas

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 452.

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 452.

¹²² MALISKA, M. A. **A influência da tópica na interpretação constitucional**. Curitiba: 1998. p. 18. Trabalho de conclusão da disciplina Filosofia do Direito, Mestrado, Universidade Federal do Paraná.

¹²³ MALISKA, M. A. *op. cit.* p. 18-19.

janelas para a realidade circunjacente que o aspecto material da Constituição, tornando-se, quer queira quer não, o elemento predominante, tende a absorver por inteiro o aspecto formal”

124

Buscando a interação dos pensamentos tópico e sistemático, chega-se a conclusão de que esta junção de métodos designa os direitos fundamentais como principal instrumento desta exegese. Diante disto, “os direitos fundamentais, ainda que reunidos em um catálogo, constituem garantias pontuais, de maneira que não estão reduzidos a um sistema fechado, taxativo”¹²⁵.

Assim, a tópica, proveniente da reação ao positivismo jurídico clássico, representa o cerne da hermenêutica contemporânea, conferindo também um grau de extrema relevância e essencialidade na interpretação constitucional, especialmente nos direitos fundamentais como sistema aberto. Em relação a isso, oportunas são as palavras de Maliska:

Portanto, os direitos fundamentais, encontram, na tópica e na idéia de sistema aberto, a possibilidade de uma adequada concretização de seus preceitos. O tema, além da adequada interpretação acima, vinculada à noção de sistema aberto, é envolto em outra discussão, a fundamentalidade de tais direitos na dignidade da pessoa humana¹²⁶.

Baseado no princípio da dignidade humana, Pereira de Farias citado por Maliska, ressalta que esta

Tem o sentido de uma ‘cláusula aberta’, de forma a respaldar o surgimento de ‘direitos novos’ ‘não expressos na Constituição de 1988, mas nela implícitos, sejam em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º, § 2º¹²⁷.

Deste modo, poder-se-á dizer que

Não há, em princípio, incompatibilidade entre a concepção dos direitos fundamentais (como um sistema aberto e flexível) e a sua fundamentalidade no princípio da dignidade humana, ainda que tal entendimento possa criar embaraços à adequada compreensão da abertura do catálogo dos direitos fundamentais da Constituição¹²⁸.

Sarlet advoga o entendimento que é inviável a sustentação no direito

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 453.

¹²⁵ MALISKA, M. A. *op. cit.* p. 67-68.

¹²⁶ MALISKA, M. A. **A influência da Tópica na Interpretação Constitucional**. Curitiba: 1998. p. 18-19. Trabalho de conclusão da disciplina Filosofia do Direito, Mestrado, Universidade Federal do Paraná.

¹²⁷ MALISKA, M. A. *op. cit.* p. 70.

¹²⁸ MALISKA, M. A. *op. cit.* p. 70.

Constitucional pátrio, de uma concepção de que os direitos fundamentais formam um sistema fechado no âmbito da Constituição¹²⁹. Ainda, segundo o jurista gaúcho,

se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos...¹³⁰

Em conclusão de todo o exposto, pode-se afirmar que o método tópico representa o cerne da hermenêutica contemporânea e o seu campo ideal de atuação é na Constituição. Nada obsta, contudo, que haja aplicação do método infra-constitucional, em caso, por exemplo, de lacuna na lei. Um exemplo pode aclarar melhor a situação: a pessoa agiu de boa fé. A lei não prevê esta hipótese. Ora, então, deve-se analisar a conduta daquela pessoa sob a ótica de que ela agiu de boa fé.

Assim, feitas essas considerações que trazem alguns esclarecimentos importantes e necessários acerca das discussões e embates teóricos envolvendo o tema das liberdades públicas contextualizados na realidade abarcada pela hermenêutica brasileira e, ainda, sob a perspectiva dessa mesma aplicabilidade a partir do viés do que se convencionou chamar direito comparado, busca-se apresentar no próximo capítulo o tema envolvendo sobre a prova, que também inclui-se na abordagem teórica deste trabalho.

¹²⁹ SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 74.

¹³⁰ SARLET, I. W. *op. cit.* p. 75.

II. PROVA

2.1 Conceito e classificação

Antes de avançar no tema propriamente dito, urge que se conceitue prova. O que é prova? Como se classifica? Quais são as espécies de prova? Qual a diferença entre prova ilícita e prova ilegítima? Quais são os meios de prova? O que é fonte de prova? O que é revista? O que é busca? O que é apreensão? Em rápidas palavras, pretende-se, a seguir, responder a estas indagações.

A prova, num conceito amplo, pode ser tida como o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos¹³¹. Além deste sentido, pode designar o resultado dessa atividade, bem como apontar para os meios de prova. Portanto, pode-se distinguir entre *fonte de prova* (os fatos percebidos pelo juiz), *meio de prova* (instrumentos pelos quais se fixam em juízo) e *objeto da prova* (o fato a ser provado, deduzido da fonte e introduzido no processo pelo meio de prova)¹³².

Diz-se prova direta, conforme se refira direta e imediatamente ao fato a ser provado (objeto da prova), e indireta, quando a prova se referir a outro fato (indício) que, por sua vez, se ligue ao fato a ser provado.

Conforme o grau de certeza que a prova é capaz de causar no juiz, pode ser classificada, ainda, em *plena*, quando se mostra evidente, manifesta, ou *semiplena*, quando se mostra incompleta, ou seja, dependente de outros elementos ou outra prova para a satisfação de certeza.

Por fim, quanto às atividades processuais concernentes à prova, destacam-se quatro momentos: no primeiro, quando as provas são propostas por meio de indicação ou de

¹³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6ª ed. São Paulo: RT, 1997. p. 117.

¹³² GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *op. cit.* p. 118.

requerimento; no segundo, quando as provas são admitidas, ou seja, quando o juiz se manifesta sobre sua admissibilidade; no terceiro, quando as provas são produzidas, isto é, introduzidas no processo; no quarto, quando as provas são apreciadas, com a emissão de valor pelo julgador.

O direito de produzir prova é imprescindível. Conferem-se, assim, às partes, todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou de acusação – especialmente na tutela punitiva no Estado Democrático de Direito –, passível de nulidade, em grau absoluto ou relativo, consoante a dimensão da falha e das conseqüências que dela advirão.

Para a validade da prova, é mister que concomitantemente estejam presentes o juiz e as partes. Assim, será viciada a prova que for colhida sem a presença do juiz, assim como o será a prova colhida pelo juiz, sem a presença das partes. Devem ser ressalvadas, no entanto, as hipóteses de antecipação *ad perpetuam rei memoriam*, que tem natureza cautelar e visam a assegurar (o resultado) antes da instauração do processo penal.

Fala-se ainda em prova emprestada, entendida como aquela que já foi produzida juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai, para aplicá-la à causa em questão¹³³.

Para que a prova emprestada seja admitida, exige-se que tenha sido produzida entre as mesmas partes, ou, ao menos, em processo em que tenha figurado como parte, aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova. Além destes requisitos, Grinover, Scarance e Gomes Filho entendem necessário o princípio do juiz natural, que, “enquanto juiz constitucionalmente competente para processar e julgar (art. 5º, LIII, da CF), exige que o contraditório seja exercido perante este”¹³⁴, sob pena de tratar-se de prova ilícita.

É certo que o contexto parece ser outro, mas pode-se citar o seguinte

¹³³ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6ª ed. São Paulo: RT, 1997. p. 122, citando Bentham.

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6ª ed. São Paulo: RT, 1997. p. 123.

exemplo de prova emprestada: “A” move ação de ressarcimento de dano contra “B”, alegando, como causa de pedir que trafegava normalmente, com sua motocicleta por determinada rua asfaltada, quando deparou-se com monte de areia, vindo a se chocar contra ele. Feita a instrução, apurou-se que a razão do acidente não foi aquele alegado na causa de pedir, mas sim porque havia um buraco no asfalto, sem qualquer sinalização. O processo foi extinto, porque o autor não comprovou a causa de pedir. Proposta nova ação, com a causa de pedir, agora, correta – buraco no asfalto sem sinalização – a prova produzida no primeiro processo serviu de base para instruir o segundo (emprestada), sem necessidade de se inquirir, novamente as mesmas testemunhas.

A prova emprestada é, portanto, neste caso, admitida, até por economia processual.

Necessário, então, abordar, em rápidas palavras a prova ilícita, distinguindo-a de prova ilegítima.

2.1.1 Prova ilícita e prova ilegítima

Já foi dito em linhas pretéritas que as partes têm ampla liberdade para a produção de provas. Esse direito é assegurado constitucionalmente, conforme o princípio da ampla defesa e do contraditório. O direito de produção de provas encontra, todavia, limites. Seria um contra-senso que o estado ditasse regras de comportamento, que, uma vez infringidas, sujeitariam o infrator a sofrer contra si um processo, e, ao mesmo tempo, pudessem ele o Estado utilizar-se de meios inescrupulosos, moralmente ilegítimos e que atentem contra a moral e a segurança individual ou coletiva.

Pode-se dizer que é ilegal a prova toda vez que houver violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Cabe a distinção, conforme essa ilegalidade seja de natureza processual ou de natureza material. Afirma-se que a prova é ilegítima, ou ilegitimamente produzida, se se tratar de proibição

posta por uma lei processual, e ilícita, se se tratar de proibição de natureza material.

Feita a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, no item seguinte far-se-á a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova.

2.1.2 Meios de prova e meios de obtenção de prova

O Código de Processo Penal Português trata, no Livro IV, Título II¹³⁵, dos meios de prova, e no Título III, do mesmo Livro, dos meios de obtenção de prova.

Vê-se, de início, que o legislador brasileiro não se preocupou em separar os dois institutos. De fato, no Título VII, do Livro I, o Código de Processo Penal trata da prova, dividindo-a em 11 capítulos sem, contudo, preocupar-se com a distinção apontada.

Há diferença entre os meios de prova e os meios de obtenção da prova? Em caso positivo, qual a relevância da distinção?

Os meios de obtenção da prova “são instrumentos de que servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher os meios de prova”¹³⁶. Assim, os meios de obtenção da prova não servem para demonstrar o “*thema probandi*”, mas sim para recolher no processo esses instrumentos.

A distinção entre os meios de obtenção de prova e os meios de prova é vista numa dupla perspectiva: lógica e técnico-operativa.

Na perspectiva lógica, observa-se que os meios de prova apresentam como característica o fato de, pela sua aptidão, serem, por si mesmos, fonte de convencimento, ao contrário do que ocorre com os meios de obtenção da prova que tão somente possibilitam a obtenção daqueles meios.

Na perspectiva técnico-operativa, vê-se que os meios de obtenção da prova

¹³⁵ O Título II, Livro IV disciplina vários meios de prova; contudo não são esses os únicos admitidos no Processo Penal, uma vez que o princípio geral é o da admissibilidade e da liberdade dos meios de prova, salvo disposição de lei em sentido contrário.

¹³⁶ SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. rev. e atualizada. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1999. p. 189. v. II.

caracterizam-se pelo modo (em geral são modos de investigação para obtenção de meios de prova) e também pelo momento de sua aquisição no processo (geralmente nas fases preliminares, sobretudo no inquérito).

Em alguns casos, o próprio meio de obtenção da prova acaba por ser também um meio de prova. Veja que, enquanto a escuta telefônica é um meio de obtenção de prova, as gravações já são um meio de prova. No caso preciso de nosso estudo, a busca é um meio de obtenção de prova, já que permite recolher no processo meios probatórios. Contudo, pode ser também em si um importante meio de prova, quando não conduzir a descoberta e recolha de elementos indicadores da responsabilidade e puder ser valorada nessa perspectiva.

Nos itens que se seguem (2.2, 2.3 e 2.4) faz-se o conceito de revista e busca, as modalidades desta e a diferença daquela com a inspeção corporal e com a perícia.

2.2 Revista e busca

O Código de Processo Penal Português, por ser bem mais recente que o brasileiro, faz a distinção entre revista e busca. A revista é uma diligência que se realiza em “pessoas” e “justifica-se quando se indicia que alguém ocultará objetos relacionados com o crime ou susceptíveis de servir de prova do mesmo”¹³⁷. O Código Processual brasileiro usa a expressão “busca”, em sentido genérico, abrangendo aí, também, a revista pessoal.

Segundo o dicionário italiano portoghese português italiano e o dicionário fundamental da língua italiana^{138 e 139}, a busca:

Busca, s. f. busca, ricerca || perquisizione || traccia || buscar, v.tr. cercare, indagare || tøndere || v. rifl. procurarsi, andare in cerca || buscado, agg.affettato, ricercato || buscador, s.m. carcatore || busca-pé, s. m. razzo serpeggiante¹⁴⁰.

¹³⁷ SANTOS, M. Simas & LEAL-HENRIQUES, M. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1999. p. 878. v. I.

¹³⁸ PARLAGREGO, Carlo. **Dizionario italiano portoghese portoghese italiano**. São Paulo: Martins Fontes, 1968.

¹³⁹ CITERNESI, Eugenia *et al.* **Dizionario fondamentale della língua italiana**. Florença: Felice Monnier, 2001.

¹⁴⁰ Tradução: **Busca**, s.f., busca, procura || perquirição || vestígio || buscar, v. tr. procurar, indagar || estender || v. refl. procurar-se, ir à procura || buscado, adj. afetado, procurado || buscador, s.m. procurador || busca-pé, s.m. foguete serpenteante.

Buscare (bu-scà-re) v. tr. (1ª coming. reg.: bûsco, bûschi, ecc.) 1. Riuscire a ottenere, per lo più con fatica: buscare da vivere, da mangiare. • **più com.** il rifl. intr.: buscarsi una ricompensa; buscarsi um raffredore; un malanno; buscarsi un sacco di botte. 2. Buscarne, buscarle, venir picchiato: bada che ne buschi! • **Fig.** Perdere una gara, un incontro: la squadra di casa ne ha buscate 4-0¹⁴¹.

No direito brasileiro, a busca pode ser conceituada como ato de procedimento persecutivo penal, que impõe restrição à liberdade individual, com o objetivo de proceder à procura ou perquirição de pessoa determinada ou determinável, de coisa ou de semovente.

2.3 Modalidades de busca

O legislador brasileiro, consoante se verifica do artigo 240 do Código de Processo Penal, estabeleceu duas modalidades de busca: a domiciliar e a pessoal. O legislador português optou por dividir a busca em três modalidades: a revista (artigo 174º e 175º), a busca (artigo 176º) e a busca domiciliar (artigo 177º), incluindo-se especificamente as buscas realizadas em escritórios de advogado, consultórios médico e estabelecimentos oficiais de saúde (artigo 177º, n. 3 e 4).

Cleunice A. Valentim Pitombo¹⁴², por entender, com razão, que a divisão da busca em apenas duas espécies mostra-se insuficiente, apresenta ainda as seguintes modalidades de busca: em veículos; em lugar público e em lugar resguardado pelo segredo ou sigilo (escritórios de advocacia, estabelecimentos comerciais e casas particulares ou oficiais de diplomatas).

¹⁴¹ Tradução: **Buscar** (bu-scà-re) v. tr. (1ª conj. reg.: busco, buscas, etc.) 1. vir a obter, pelo mais com fadiga: buscar viver, buscar o que comer. • **Mais comum** o refl. intrans.: buscar-se uma recompensa; buscar-se um resfriado; um mal; buscar-se um saco de barril. 2. buscar-se, buscá-lo, vir rápido: cuida que não te busque! • **fig.** Perder uma competição, um encontro: o time da casa levou 4 a 0.

¹⁴² PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 110 e seguintes.

2.4 Diferença entre revista, inspeção corporal e perícia

A busca revista não se confunde com a inspeção corporal nem tampouco com a perícia.

A inspeção corporal é realizada pelo próprio juiz tendo como objetivo a verificação do corpo humano vivo (suspeito, vítima ou terceiros) ou morto, semovente, coisa e lugar, para servir nitidamente de prova ou “meio de obtenção de prova”¹⁴³. Nas lições de Rogério Lauria Tucci¹⁴⁴, a inspeção é “o ato por meio do qual o juiz aplica os próprios sentidos para receber uma impressão pessoal de um ser ou fenômeno”.

A revista – que necessariamente não precisa ser realizada pela autoridade judiciária – procura algo “no corpo”, nas vestes e pertences, que pode servir ou não de prova¹⁴⁵. A finalidade da revista é encontrar e apreender algo, relacionado com o crime investigado.

A revista difere da perícia, porque esta consiste no exame realizado, em regra, por pessoas dotadas de conhecimento técnico-científico especializado, visando instruir o juiz.

2.5 A ingerência no corpo humano *versus* a intimidade

Conforme ensina Eduardo Espínola Filho¹⁴⁶, no caso da revista, a procura pode ser feita com emprego de meios eletrônicos. Inclusive a busca em partes íntimas do corpo, como: o reto, a vagina, a boca e o estômago. Como se sabe, tais lugares são utilizados pelos infratores como esconderijos para ocultar coisas subtraídas, instrumentos de crime, drogas, etc.

¹⁴³ SIRACUSANO, D. *et al.* **Diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1994. p. 429.

¹⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Busca e apreensão**. São Paulo: RT 515(67):287-295, set. 1978.

¹⁴⁵ MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice**. Torino: Torinese, 1932. p. 533. v. 3.

¹⁴⁶ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Busca e apreensão. Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, s.d. p. 193. v. 6.

Em relação à perícia, deve-se observar, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, e em respeito ao conteúdo da tutela da intimidade (Art. 5º, inciso X), que “essa regra deve ser aplicada, por exemplo, para impedir que alguém seja obrigado a submeter-se a perícia para exame de partes íntimas, caso se recuse a este tipo de exame. Recusando o réu, assim como a vítima, deverá ser feito o exame de corpo de delito indireto, não podendo haver exame direto, se houver recusa.”¹⁴⁷. Tratando de prova pericial, no processo penal, a que se submete o acusado, deve-se observar o brocardo: “ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo”. No processo civil entendeu-se que “ninguém pode ser coagido ao exame ou inspeção corporal, para prova no civil”¹⁴⁸. Não se pode olvidar, contudo, de que, apenas no civil, aplica-se a regra de presunção de veracidade, quando a recusa for ilegítima, conforme o artigo 359 do Código de Processo Civil. No processo penal, vigora a regra da verdade material.

Em razão da relevância, o estudo campeou pela doutrina italiana e espanhola.

De fato, Eugênio Florian¹⁴⁹, ao tratar da inspeção corporal, no direito italiano, admitiu a intromissão no corpo da pessoa, ainda que sem sua anuência, e mediante as seguintes condições:

“l'imputado e nel suo stesso interesse e nel superiore interesse sociale, al quale è legato il processo, deve piegarsi, nelle forme legittime, a quelle investigazioni sulla persona, che siano necessarie per accertare il vero. Questo dovere apparisce dettato e dal principio della ricerca della verità materiale e dal principio della individuazione della personalità del giudicabile”¹⁵⁰

No direito espanhol, Carlos Salido Valle¹⁵¹ explica que a ingerência no corpo humano, por afetar direitos, reconhecidos na Constituição Espanhola, deve observar os

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A polícia civil e as garantias constitucionais de liberdade. A polícia à luz do direito**. São Paulo: RT, 1991. p. 19.

¹⁴⁸ STF – Pleno, HC 71.373 – RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.11.1994, 4 votos vencidos, D.J. 18.11.1994. p. 31.390.

¹⁴⁹ FLORIAN, Eugênio. **Delle prove penali**. Milano: Vallardi, 1924. p. 265. v. 1.

¹⁵⁰ Tradução: “o acusado e no seu próprio interesse e no superior interesse social, ao qual é destinado o processo, deve submeter-se, na forma legítima, aquelas investigações sobre a sua pessoa, que sejam necessárias para constatar a verdade. Este dever se impõe pelo princípio da busca da verdade material e pelo princípio da individualização da personalidade do imputado”.

¹⁵¹ VALLE, Carlos Salido. **La detención policial**. Barcelona: Bosch, 1997. p. 240.

princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade, ainda os requisitos de imputação suficiente e decisão judicial. Assim o autor define a “legalidade”:

Aun entendiéndose que todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española son susceptibles de limitación, ésta deberá ser regulada exclusivamente por ley formal y orgánica, por aplicación de las disposiciones contenidas en los arts. 9.3, 10.2, 53.1, 81.1 y 96.1 CE. En dicha norma legal deben contenerse, a fin de respetar el contenido esencial de los derechos que regule, con la debida claridad, cuáles son las actuaciones permitidas, las garantías que deben informar su práctica, los límites y las consecuencias que puedan irrogarse de la negativa a someter-se a las investigaciones.¹⁵²

O requisito “necessidade” é assim esplanado pelo referido autor:

Será necesaria la intercepción cuando la investigación penal se vea frustrada en caso de no realizarse, teniendo también en cuenta la gravedad del delito investigado, la posible sanción penal a imponer, y el conjunto de pruebas incriminatorias que ya obren en la causa o se hayan recopilado por la intervención policial. Pero ha de concurrir en segundo elemento, cual es la imposibilidad de obtener el mismo resultado mediante la utilización de otro procedimiento menos intenso. Concurriendo ambos presupuestos, se ha de entender que existe necesidad de practicar la intervención corporal.¹⁵³

E, por fim, a “proporcionalidade”:

La ponderación entre medio y resultado deberá realizarse caso por caso, debiendo existir criterios legislativos claros, de forma que debe ser el propio legislador quien establezca la relación de proporcionalidad suficiente a estos efectos, los procedimientos autorizados de injerencia corporal, el criterio para acudir a los métodos menos graves, estaría autorizada la limitación del derecho fundamental a la intimidad corporal debido al interés público defendido mediante el ejercicio del derecho punitivo por parte de las autoridades competentes.¹⁵⁴

De igual forma, Vicente Gimeno Sendra¹⁵⁵ afirma que o Tribunal Constitucional Europeu exhibe farta jurisprudência, admitindo a ingerência no corpo do individuo:

¹⁵² Tradução: Mesmo entendendo-se que todos os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição espanhola são suscetíveis de limitação, esta deverá ser regulada exclusivamente por lei formal e orgânica, por aplicação das disposições contidas nos artigos 9.3, 10.2, 53.1, 81.1 e 96.1 CE. Na dita norma legal devem conter, a fim de respeitar o conteúdo essencial dos direitos que regulam, com a devida claridade, quais são as atuações permitidas, as garantias que devem regular sua prática, os limites e as conseqüências da negativa em submeter-se às investigações.

¹⁵³ Tradução: Será necessária a intervenção quando a investigação penal resultar frustrada no caso de não se realizar, tendo também em conta a gravidade do delito investigado, a possível pena a ser imposta, e o conjunto de provas incriminatórias que já constem na causa ou que já tenham sido recolhidas pela intervenção policial. Mas há de concorrer o segundo elemento, qual seja, a impossibilidade de obter o mesmo resultado mediante a utilização de outro procedimento menos intenso. Concorrendo ambos pressupostos, há de se entender que existe necessidade de praticar a intervenção corporal.

¹⁵⁴ Tradução: Entre meio e resultado deverá realizar-se caso por caso, devendo existir critérios legislativos claros, de forma que deve ser o próprio legislador que estabelece a relação de proporcionalidade suficiente a estes efeitos, os procedimentos autorizados de intervenção corporal, o critério para socorrer a métodos menos graves, estaria autorizada a limitação do direito fundamental da intimidade corporal devido ao interesse público defendido mediante o exercício do direito punitivo por parte das autoridades competentes.

¹⁵⁵ SENDRA, Vicente Gimeno *et al.* **Derecho procesal: el proceso penal.** Valência: Blanch, 1987. p. 318. v. 1. t. 2.

Cujo común denominador es el de reconocer la legitimidad de tales actos de investigación coativos, siempre y cuando sean absolutamente respetuosos con el principio de proporcionalidad, de tal suerte que nunca puedan entrañar riesgo a la salud para su destinatario y sea confiada su ejecución al personal sanitario.¹⁵⁶

Em síntese: não obstante a aparente lacuna legislativa no Brasil, a ingerência no corpo humano há que conciliar as seguintes regras:

- a) poder-dever estatal de perquirir sobre fatos ilícitos;
- b) respeito à integridade física e moral do indivíduo;
- c) indispensabilidade da intervenção;
- d) proporcionalidade entre o fato ilícito e a interferência no corpo humano;
- e) utilização de meios apropriados e realizada por profissionais habilitados;
- f) norma legal autorizadora.

Outrossim, não se pode olvidar do brocardo no processo penal; “*nemo tenetur edere contra se*”.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Tradução: Cujo denominador comum é o de reconhecer a legitimidade de tais atos de investigação coercitivos, sempre e quando sejam absolutamente respeitosos com o princípio da proporcionalidade, de tal maneira que nunca possam causar risco à saúde do seu destinatário e seja sua execução confiada a profissional da saúde.

¹⁵⁷ Tradução: ninguém é obrigado a produzir prova contra si.

III. REVISTA E BUSCA – ESTUDO COMPARATIVO

3.1 Breves considerações sobre os institutos nas constituições brasileira e portuguesa

A Constituição Federal de 1988 tutela a proteção da casa e o respeito à integridade física e moral do indivíduo (artigo 5º X e XI). Assim, tratando-se de direitos fundamentais, não podem ser restringidos ou limitados, nem mesmo por meio de Emenda Constitucional (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República). Explica Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo¹⁵⁸ que, após o Brasil ter aderido ao Pacto de São José da Costa Rica, reforçou-se ainda mais a idéia desta proteção.

A Constituição Portuguesa, tal qual a brasileira, também tutela a inviolabilidade do domicílio (artigo 34º), a integridade física e moral das pessoas (artigo 25º).

Antes de cuidar da inviolabilidade desses direitos, a Constituição da República de Portugal consigna expressamente o direito de resistência contra violações de direitos, liberdades e garantias (art. 21º)¹⁵⁹.

Esse direito não é previsto expressamente na Constituição Brasileira. Nesse ponto nota-se avanço no direito português.

Esse avanço torna-se mais contundente se forem observadas outras especificações de direitos de resistência consagrados na Constituição Portuguesa. De fato,

¹⁵⁸ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 54.

¹⁵⁹ Aliás, a tradição do direito português em consagrar constitucionalmente o direito de resistência vem desde a Constituição Imperial de 1838, artigo 25º, que dispunha: “*É lícito a todos os cidadãos resistir a qualquer ordem que infrinja as garantias individuais, se não estiverem legalmente suspensas*”; Nas constituições (republicanas) que se seguiram a previsão encontrava-se no artigo 37º n. 3 da Constituição de 1911, verbis: “*Constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses...: O direito de resistir a quaisquer ordens que infrinjam as garantias individuais, se não estiverem legalmente suspensas, e de repelir pela força a agressão particular quando não seja possível recorrer à autoridade pública*” e no artigo 8º n. 19 da Constituição de 1933, verbis “*Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública*”.

Jorge Miranda¹⁶⁰ afirma que a Constituição consagra ainda três outras modalidades de direitos de resistência: a) o direito dos povos à insurreição contra todas as formas de opressão (artigo 7º n. 4); b) o direito dos cidadãos de não pagarem impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição e cuja liquidação e cobrança se não façam nas formas prescritas na lei (artigo 103º n. 3º); c) a cessação do dever de obediência dos funcionários e agentes das entidades públicas sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime (artigo 271º nº 3).

A primeira diz respeito à resistência coletiva agressiva; as duas últimas, à resistência passiva.

Além dessas disposições constitucionais, os cidadãos portugueses podem pedir ainda – se vítimas de ofensas aos seus direitos, liberdades e garantias, e uma vez esgotados os meios de defesa no âmbito interno – a intervenção de instâncias internacionais.

Dentre as instâncias internacionais, a mais importante é o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, a que Portugal aderiu desde 1982. Ensina Jorge Miranda¹⁶¹ que “se declarar que houve violação da Convenção ou dos seus Protocolos e se o Direito interno do Estado não permitir senão imperfeitamente obviar às suas conseqüências, o Tribunal, se necessário, atribuirá ao lesado uma reparação razoável (art. 41)”. Portugal aderiu também a dois outros importantes tratados internacionais: a Convenção sobre a Eliminação de todos os Fóruns de Discriminação Racial, de 1965, e a Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, desde 1984. Em ambos, há expressa possibilidade de acesso direto dos indivíduos perante órgãos por eles criados, para defesa de direitos fundamentais, conforme, respectivamente, artigos 14º e 22º.

O Brasil aderiu à Convenção Americana dos Direitos do Homem, o conhecido Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, em 25 de abril de

¹⁶⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 361. t. IV.

¹⁶¹ MIRANDA, Jorge. *op. cit.* p. 374. t. IV.

1992. Como meio de proteção dos direitos humanos, a convenção criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (artigo 33, n. 2), composta de sete juízes, todos nacionais dos Estados-membros da Organização (artigo 52, n. 1), não devendo haver dois juízes da mesma nacionalidade (artigo 52, n. 2). O artigo 63 dispõe que, se a Corte “decidir que houve a violação de um direito ou liberdade protegidos” na Convenção ela determinará “que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados”, e também que “sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

Em relação ao reconhecimento de instâncias internacionais, o Brasil só agora começa a dar os primeiros passos para esta tão importante conquista: o Pacto de San Jose da Costa Rica, criado em 1969, já fazia alusão à Constituição da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (artigos 33 e 52). O Brasil, em cumprimento à diretriz prevista no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o autoriza propugnar pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos, ratificou a Convenção Americana dos Direitos do Homem (CADH) em 25 de setembro de 1992 e se submete por declaração formal à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana dos Direitos do Homem desde dezembro de 1998, conforme exige o artigo 62 da Convenção.

Conclui-se, assim, dentro do tema que nos interessa, que, no direito constitucional português, o direito de resistência está consagrado na consciência de cada cidadão, especialmente para repelir ordens ilegítimas de abordagem pela polícia. Jorge Miranda¹⁶², em nota de rodapé, citando Gomes Canotilho e Vital Moreira, afirma: “pode-se resistir tanto à ordem de uma autoridade policial (que ilegitimamente restringe, por exemplo, a liberdade de deslocação) como à ordem de uma entidade patronal (que ilegitimamente ordena a expulsão de um trabalhador do seu posto de trabalho)”.

No Brasil, infelizmente, ainda não há esta consciência. De fato. A

¹⁶² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 363. t. IV.

abordagem de indivíduos pela polícia, a recusa do indivíduo à abordagem ou à ordem policial em virtude da presunção de inocência, a forma de fazer a revista e, em especial, quanto à mulher, são elementos ainda muito incipientes no Direito Constitucional brasileiro e na sua prática diária: essa prática consagra o costume de que “ninguém” – generalizando a expressão – pode recusar-se ao que o policial determina, sobretudo nos tempos de violência e alta criminalidade que o Brasil vive atualmente.

No máximo, a questão fica para eventuais alegações do interessado, perante o Judiciário; mas, ainda assim, o número dessas alegações versando sobre transgressão ao direito constitucionalmente assegurado ao indivíduo é estatisticamente nulo, conforme o comprovam os repertórios de jurisprudência. Como uma exceção a essa regra pode-se citar que recentemente o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de apreciar o caso de um advogado que se recusou a ser revistado¹⁶³, tendo como relator o Ministro Ilmar Galvão, que considerou impróprio o procedimento policial, determinando o trancamento do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO)¹⁶⁴.

Com raríssimas exceções, portanto, no Brasil pouco escreveu sobre tema que ainda não é aceito na prática comum.

A seguir, traça-se as principais diferenças entre o Código de Processo Penal do Brasil e de Portugal, relativamente aos institutos propostos na investigação.

3.2 O Código de Processo Penal do Brasil e de Portugal

O Código de Processo Penal brasileiro trata da busca e apreensão no Livro I (do Processo em geral), Título VII (da prova), Capítulo XI, artigos 240 a 250. A restituição das coisas apreendidas é tratada no Livro I, Título VI (Das questões e processos incidentes),

¹⁶³ SOBRINHO, Antônio Leite. Sessão Judiciária. **O Popular**, Goiânia. 16 nov. 2001. Conforme HC 81.305 – GO, Rel. Ministro Ilmar Galvão, 13.11.01.

¹⁶⁴ De acordo com a Lei 9099/95, que instituiu as infrações penais de menor potencial ofensivo, Termo Circunstanciado de Ocorrência é o ato praticado pela autoridade policial que, ao tomar conhecimento do fato, relata-o resumidamente, e o encaminha ao juizado (art. 69).

Capítulo V.

O Código de Processo Penal português trata do tema acima no Livro III (da prova), Título III (dos meios de obtenção da prova), porém em dois capítulos. No capítulo II, artigos 174º a 177º, cuida “das revistas e buscas” e no Capítulo III, nos artigos 178º a 186º, “das apreensões”, incluindo, no último artigo, a restituição dos objetos apreendidos.

Vê-se que a legislação processual portuguesa é mais bem estruturada sistematicamente. Primeiro, porque trata da matéria com título mais adequado, ou seja, como “meio de obtenção da prova” (vide 2.1.2 capítulo II); segundo, porque separa a revista da busca; e por último, a apreensão é tratada separadamente da busca (e da revista), ou seja, em capítulo próprio.

O legislador processual brasileiro tratou da restituição no artigo 118 e seguintes, antes mesmo do instituto da apreensão – que vem disciplinado no artigo 240 e seguintes –. Este fato, por si só, já demonstra ausência de regular disciplina no tratamento dos institutos.

A revista do direito português, ou busca pessoal, do direito brasileiro é a primeira figura a ser tratada por ambas as legislações. Logo, é também a primeira a ser objeto de nosso estudo. Como ela pode ser realizada com ou sem mandado, serão vistas, a seguir, as duas formas.

Feitos os apontamentos acima referidos, nos itens que se seguem passa-se ao estudo da revista com mandado judicial (3.2.1), a fundamentação para a revista (3.2.1.1), a revista sem mandado judicial (3.2.2), revista em mulher (3.2.3), formalidade da revista (3.2.4), a revista de natureza administrativa ou revista de segurança (3.2.5), a distinção entre ato vinculado, ato discricionário e ato arbitrário (3.2.6), a busca (3.3), a busca com e sem mandado judicial (3.3.1), a busca em veículos (3.3.2) e a formalidade da busca (3.3.3).

3.2.1 Revista com mandado judicial

Diante do ordenamento jurídico processual brasileiro, criamos as seguintes modalidades de revista:

- Revista de natureza administrativa – efetuada pela polícia sem mandado judicial, utilizando-se do poder de polícia com caráter nitidamente preventivo;
- Revista imediata de natureza pré-processual – realizada pela polícia, sem mandado judicial, com a finalidade de instruir medidas cautelares, como no caso de prisão em flagrante;
- Revista mediata de natureza pré-processual – também realizada pela polícia, com mandado;
- Revista imediata e mediata (conforme seja sua realização direta ou indiretamente) de natureza processual – realizada pelo próprio juiz, ou mediante mandado por ele subscrito.

A regra, tanto no direito brasileiro, como no português, é que a revista seja autorizada por meio de mandado judicial.

O Código de Processo Penal brasileiro, de forma vaga e imprecisa dispõe, em seu artigo 240, § 2º, que:

Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundadas suspeitas de que alguém oculte consigo arma proibida” ou objetos que especifica: a) “coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”; b) “instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos”; c) “armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituosos”; d) “necessários à prova de infração ou à defesa do réu”; e) “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”; e, “qualquer elemento de convicção.

O rol, a toda evidência, não é taxativo. A própria permissão legal estampada em “qualquer elemento de convicção” (artigo 240 § 1º letra *h*) permite o alargamento das hipóteses acima elencadas.

O Código de Processo Penal brasileiro, estabelece, no artigo 243, as regras para a busca pessoal, quando ela não é realizada pessoalmente pelo juiz. Formalmente, a

busca depende da expedição de mandado, que deverá conter:

a) o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou, na impossibilidade de identificação, os sinais que a identifiquem; b) o motivo e os fins da diligência; c) a *subscrição* pelo escrivão e a assinatura da autoridade que o fizer expedir.

Logo, no direito brasileiro, o mandado não necessita ser judicial, podendo a autoridade policial subscrevê-lo.

Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo¹⁶⁵ entende que a revista¹⁶⁶, com mandado judicial – inclusive ressaltando que não se confunde com a revista efetuada pela polícia, sem mandado judicial e de natureza administrativa –, deve ser executada durante o dia. Não parece correto este entendimento, exceto se a revista implicar o ingresso na casa da pessoa contra quem o mandado foi expedido porque, aí sim, o procedimento estaria afrontando o artigo 5º inciso XI da Constituição Federal, que tutela a inviolabilidade do lar. A revista com mandado judicial pode, portanto, ser cumprida a qualquer hora, haja vista que não há qualquer impedimento legal, exceto o já mencionado.

É de se lembrar ainda que, se o morador consentir, a busca pessoal pode ser realizada à noite, aplicando-se, analogicamente, o artigo 245 do Código de Processo Penal, que trata da busca domiciliar. A questão aqui é de lógica: o “suspeito”, por ter certeza de sua inocência, pode preferir, desde logo, a realização da busca pessoal, já que “não tem nada para esconder”.

Em síntese, nem a legislação brasileira nem a portuguesa determinam que a busca pessoal (ou revista) seja realizada somente durante o dia.

É evidente que a busca pessoal realizada de dia independe do consentimento do visado.

Por força dos textos constitucionais dos dois países, na realização da busca pessoal ou revista deve-se respeitar a integridade física e moral contra quem a busca é

¹⁶⁵ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 134.

¹⁶⁶ A autora usa a expressão “busca pessoal”, mas na presente investigação, conforme consta da introdução, preferiu-se a expressão “revista”.

realizada, sem se olvidar de que ninguém deve ser submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante. Ademais, como importa em restrição à liberdade individual, é possível visualizar eventual violação à intimidade. A propósito, veja-se o artigo 5º, incisos III, X e XLIX da Constituição da República Federativa do Brasil e artigo 25º, nº 1 e 2 e 26º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa, que têm, na essência, o mesmo conteúdo. O Código de Processo Penal Português estabelece regra neste sentido (art. 175º, n. 2). A questão será mais bem analisada quando do tratamento das formalidades da revista, no item 3.2.4.

Até agora, foram apresentados os aspectos exteriores que deve conter o mandado de busca pessoal ou revista. Além disso – e mais importante –, há que se estudar o conteúdo, ou seja, a motivação ou fundamentação que dá ensejo (e legitimidade) à expedição do mandado.

3.2.1.1 A fundamentação para a revista

Em se tratando de medida excepcional, uma vez que representa uma intromissão nas esferas de proteção do indivíduo, o requisito material, tanto para a busca domiciliar, como para a busca pessoal, vem expresso no artigo 240, §§ 1º e 2º, ou seja, de “fundadas razões”. Vê-se que é algo mais do que a simples suspeita. Deve-se pautar pela convicção fundada de que, por meio da providência excepcional, será possível – sem que, obviamente, implique a necessidade da diligência ser positiva – obter elementos materiais úteis aos esclarecimentos dos fatos. Ada Pellegrini Grinover¹⁶⁷, com propriedade, afirma: “Trata-se aqui do requisito do *fumus boni iuris*, a *probable cause* do direito americano, ou o *fondato motivo* referido pelo CPP italiano”.

A medida de busca (e apreensão), como bem esclarece Hélio Tornaghi¹⁶⁸, não pode ser confundida com a simples “investigação”. Ela tem clara conotação cautelar. Logo, implica a exigência de um juízo prévio sobre seus pressupostos, mesmo que de

¹⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 481.

¹⁶⁸ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 54. v. 3.

cognição superficial, dada a urgência que lhe é inerente.

Não se pode esquecer, ainda, das garantias constitucionais, como a do “devido processo legal” (CF, artigo 5º, LIV) e, especialmente, na exigência da “fundamentação”, consoante artigo 93, IX. No direito português, tais garantias vêm expressas no artigo 32º (garantias de processo criminal) e 205º (decisões dos tribunais) da Constituição.

O Código de Processo Penal português exige, no tocante à motivação, “indícios”¹⁶⁹ de que a pessoa a ser revistada oculte quaisquer “objetos relacionados com um crime ou que possam servir de prova”. Por se tratar de medida eminentemente cautelar, em que há necessidade de acomodar os interesses opostos da intimidade e da aplicação da lei, a legislação portuguesa exige apenas o requisito “indícios”.

Conquanto não se possa, com exatidão, quantificar o grau de probabilidade exigido, deve ser, conforme o direito americano, “*more than bare suspicion*” (nossa tradução: mais do que a simples suspeita) e “*less than evidence wich would justify...conviction*” (menos do que a evidência que justificaria a certeza). Só desta forma se justifica permitir a intromissão na esfera individual¹⁷⁰.

É necessário que a autoridade competente (judiciária ou policial, esta nas hipóteses já abordadas anteriormente), ao determinar a busca, aja com discrição, de sorte que, na medida excepcional, não se degenere, transfundindo-se o ato constritivo num insuportável constrangimento à liberdade do sujeito passivo da medida¹⁷¹. No aferir a base das razões de suspeitar que os objetos se relacionem, de algum modo, com a infração cuja prova se procura,

¹⁶⁹ Ao criticar a legislação brasileira, parece-nos que Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo incorre em equívoco. Na página 134, primeiro reconhece que a legislação processual exige “fundadas razões” para deferir a busca pessoal; porém, no terceiro parágrafo a seguir, refere-se a “fundada suspeita”. A “fundada suspeita” é referida no CPP no artigo 244, quando tratada da busca pessoal realizada independentemente da expedição de mandado. E a autora está tratando, desde a página 133 (5.6.2.1), da busca “com mandado judicial”. PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 133-134.

¹⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 481, citanto Jerold H. Israel & Wayne R. Lafave, **Criminal procedure**. Constitutional limitations. 4. ed. West Publishing, 1988. p. 72-73.

¹⁷¹ TUCCI, Rogério Lauria. Busca e Apreensão. **Revista dos tribunais**. São Paulo: RT. Setembro de 1998, 515-287-95. p. 289.

faz-se mister muito critério e muita circunspecção da autoridade¹⁷². Assim é o entendimento universal, como evidencia René Garraud¹⁷³, traduzido desta forma por Espínola Filho: “...por muito amplo que seja o seu poder, deve o juiz observar, exercendo-o, regras, que resultam da própria natureza da sua missão e que a lei julgou inútil formular”.

A revista é uma medida que importa restrição à liberdade física individual. Assim, o ato processual que a autoriza não constitui despacho de mero expediente, mas sim de uma decisão. Por isso, dever ser, sob pena de nulidade, devidamente fundamentado.

Nesse sentido, pode-se extrair das disposições previstas na Constituição Brasileira (art. 93, IX) e Portuguesa (art. 205). O Código de Processo Penal português repete o preceito constitucional no artigo 97, n. 4.

A obrigatoriedade da fundamentação tem por finalidade: a) lograr uma maior confiança do cidadão na Justiça; b) o autocontrole das autoridades judiciais; c) o exercício do direito de defesa mediante interposição de recursos cabíveis.¹⁷⁴

A primeira das finalidades acima faz que a parte sucumbente compreenda a decisão e, por conseguinte, aceite-a, adquirindo a necessária confiança dos cidadãos nas decisões das autoridades judiciais. Aliás, o dever de fundamentação de suas decisões é o que distingue a justiça da tirania. A decisão judicial, diferentemente da tirania, esclarece porque condena ou absolve. Diz-se que uma boa decisão judicial não deve só obrigar, mas tem, também, que convencer o destinatário de sua legalidade, o que não ocorre nas decisões arbitrárias dos tiranos.

O autocontrole que a exigência de motivação representa manifesta-se em níveis diferentes. Obsta, de um lado, possíveis erros judiciários, evitáveis precisamente pela necessidade de justificar a decisão; implica, de outro lado, a necessidade de utilização, por parte do julgador, de um critério racional de valoração da prova.

¹⁷² ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 197. v. III.

¹⁷³ GARRET, René. **Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procedue pénale**. Paris, 1912. p. 206-207. v. III.

¹⁷⁴ SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. 2ª. ed. rev e atualizada. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1999. p. 128. v. II.

Por último, a fundamentação é absolutamente imprescindível para efeitos de recurso. De fato, é necessário conhecer o processo de formação da convicção do julgador para poder avaliar da sua legalidade e razoabilidade. Somente mediante o conhecimento dos meios de prova e do processo dedutivo utilizados pelo julgador é possível avaliar se a decisão sobre a prova dos fatos apresenta-se correta ou não.¹⁷⁵

3.2.2 Revista sem mandado judicial

O direito português permite, a efetuar-se pelo órgão de polícia criminal, a revista sem prévio despacho da autoridade judiciária nas situações previstas no artigo 174º. nº 4 e, *a), b), c)*, ou seja, nos casos:

De terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa”; “em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; ou Aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponde pena de prisão.

A quinta Revisão Constitucional, de 12.12.01, incluiu exceções no hermético dispositivo da inviolabilidade de domicílio, com base nos mesmos fundamentos relativos aos crimes acima mencionados, bem como no caso de flagrante delito¹⁷⁶.

A primeira exceção refere-se aos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, condutas que integram os crimes dos artigos 299º, 300º e 301º do Código Penal e ainda os que atentam dolosamente contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas e sejam puníveis com prisão de máximo igual ou superior a 5 anos, conforme artigo 1º, nº 2, alíneas *a) e b)*¹⁷⁷. Por força do artigo 51º do Decreto-Lei 15/93, de

¹⁷⁵ Nesse sentido é o acórdão do STJ de 13.02.92, CJ Ano XVII – 1992. p. 36. t.I. “A sentença, para além da indicação dos factos provados e não provados e da indicação dos meios de prova, deve conter os elementos que, em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos, constituam o substracto racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados na audiência”.

¹⁷⁶ A Constituição Federal brasileira, ao proclamar a inviolabilidade do lar, previu as seguintes exceções, independentemente do horário: a) com o consentimento do morador; b) situação de flagrante delito; c) desastre; d) para prestar socorro. E durante o dia, por determinação judicial. Assim, diferentemente do constituinte português, o brasileiro não especificou as hipóteses legais em que o juiz poderia conceder a autorização.

¹⁷⁷ SANTOS, M. Simas & LEAL-HENRIQUES, M. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1999. p. 879. v 1.

22 de janeiro, os crimes de tráfico de estupefacientes previstos nos artigos 21º a 24º e 28º do referido Decreto-Lei estão equiparados, para este efeito, aos crimes acima referidos.

Nesses casos, portanto, e conforme o preceito legal acima transcrito, exige-se que haja indícios fundados, seguros, da prática de crime que “ponha em grave risco a vida ou a integridade física de alguém”.

A segunda exceção permitida pela lei processual portuguesa ocorre se houver “consentimento do atingido ou visado pela medida”. Tal consentimento deve constar expressamente.

Por fim, a terceira exceção prevista na lei processual lusitana que dispensa autorização da autoridade judicial refere-se à prisão em flagrante por crime apenado com pena de prisão. A previsão encontra-se no artigo 255º do Código de Processo Penal luso.

No que toca ao direito processual brasileiro, o único artigo que trata da busca pessoal independentemente da expedição de mandado é o artigo 244 do Código de Processo Penal. Por tal dispositivo, é permitida a busca, em três hipóteses: a) no ato de prisão; b) existindo “fundada suspeita” de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, ou de objetos ou papéis, que constituam corpo de delito; c) se medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo¹⁷⁸ enumera duas outras: a) realizada pela própria autoridade; b) com expresse e inequívoco consentimento do visado.

Na primeira hipótese prevista pela legislação processual, não há muito que se questionar, tratando-se de elementar necessidade preventiva de segurança: do preso (preservar sua própria integridade física), dos demais encarcerados e do agente que o prendeu. Por esses motivos, é inconcebível recolher o preso à cela sem se proceder à revista.

Pela segunda hipótese, permite-se a revista se houver “fundada suspeita” de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo

¹⁷⁸ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 136.

de delito. Para que haja legalidade da busca pessoal, portanto, há o liame entre a coisa buscada e a infração penal investigada ou por investigar. Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo¹⁷⁹ entende que essa é hipótese que mais polêmica tem gerado, uma vez que a expressão “fundada suspeita” exsurge ambígua e oca, concluindo que é intolerável legitimar a revista com critério subjetivo, que é inconcebível no processo penal.

De fato, a tutela punitiva no Estado Democrático de Direito exige que o legislador utilize, tal qual no direito português, ao menos a expressão “fundados indícios”¹⁸⁰, que é um critério objetivo. Contudo, para que o direito processual brasileiro não caia no subjetivismo, merece transcrição a lição de Hélio Tornaghi¹⁸¹:

Suspeita é fundada quando os elementos de que a autoridade dispõe antes da busca estão a indicar que a pessoa oculta qualquer daqueles objetos. Pouco importa se depois da diligência fica patente que a suposição não corresponde à realidade. A partir daquele momento ela seria infundada, porque novos elementos teriam mostrado que os antigos fundamentos já não subsistem.

Mas quais seriam os critérios que deve utilizar o policial para proceder à revista? A resposta a esta pergunta encontra-se no item 3.2.6 infra, em que se faz a distinção entre ato discricionário e ato arbitrário.

A terceira hipótese tratada na legislação processual brasileira refere-se à busca pessoal efetuada no curso da busca domiciliar. Assim, se foi deferida a busca domiciliar, a lei processual, a fim de evitar questionamentos processuais posteriores, preventivamente já dispõe permissivo autorizando a revista. Aliás, seria um contra-senso se, permitida a busca domiciliar, não restasse também autorizada a revista: o indivíduo poderia ocultar em seu corpo o objeto procurado, a fim de que a polícia não o encontrasse.

No quarto caso, trata-se da revista efetuada pela própria autoridade judicial, que “se justifica no caráter excepcional e urgente da medida”.¹⁸² A hipótese citada pela

¹⁷⁹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *op.cit.* p. 137.

¹⁸⁰ A legislação portuguesa também usa a expressão “fundada suspeita” no artigo 5º da Lei nº 8/97, de 12 de abril, quando trata das buscas e revistas no âmbito de realizações cívicas, políticas, religiosas, artísticas, culturais ou desportivas.

¹⁸¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. p. 1014. t.3.

¹⁸² PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 141.

referida autora é a constante da lei 9.034/95, que será objeto de item específico deste trabalho (item 3.6.2)

A última hipótese refere-se ao explícito consentimento do indivíduo e não é mencionada no Código de Processo Penal brasileiro, embora reste expressa no Código de Processo Penal português. A fim de que não parem dúvidas sobre o seu proceder, o indivíduo pode autorizar a polícia a proceder-lhe a revista. Neste caso, dispensa-se também, e por óbvio, autorização judicial. A revista prevista na legislação processual não é exclusiva para obtenção de provas à acusação. Se assim fosse, não estaríamos diante de um sistema acusatório, mas sim de um modelo inquisitivo. A finalidade da legislação é, portanto, a busca de qualquer elemento material que importe ao fato investigado, seja para incriminar, seja para absolver. Tanto assim que a legislação processual, no artigo 240 § 1º, letra “e”, descreve expressamente que se procura para “descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu”.

É de se concluir que, do confronto entre as legislações em estudo, no que se refere à revista, verifica-se que o Código de Processo Penal de Portugal, ao contrário do brasileiro, utiliza-se de termo objetivo “fundados indícios”, que é adequado aos princípios que regem as garantias individuais, pois o termo “indício” é objetivo, concreto, real, enquanto “suspeita” é um termo subjetivo, vago e impreciso. Como visto adiante (item 3.4), em especial na nota de rodapé n. 205, o legislador português apenas utiliza a expressão “fundada suspeita” quando se trata de identificação. Além disso, a legislação processual portuguesa dispôs expressamente as hipóteses em que se permite a revista sem ordem judicial. A brasileira, ao contrário, suscita dúvidas, sendo necessário verdadeiro malabarismo para uma conclusão escorreita.

Com o nítido objetivo de não tolerar abusos por parte das autoridades policiais, o legislador português criou mais um mecanismo de controle, que é o previsto no artigo 174º, n. 5, do Código de Processo Penal, ou seja: após realizada a diligência de revista,

é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao juiz de instrução “e por este apreciada em ordem à sua validação”.

Questão interessante, proposta na introdução dessa investigação, diz respeito à legalidade da revista efetuada pela administração penitenciária com o objetivo de evitar a entrada de drogas, armas e instrumentos que possam comprometer a segurança local, em que o revistado é obrigado, sob a vista do funcionário, a efetuar flexões com o fim de expulsar eventuais objetos que possam estar ocultos nas cavidades naturais. Consoante Etxeberria Guridi¹⁸³, o Tribunal Constitucional Espanhol teve oportunidade de apreciar a questão e, no STC 571/1994, qualificou a conduta como atentatória à intimidade pessoal.

Não há dúvidas, por um lado, que a tutela punitiva no Estado Democrático de Direito não pode permitir referida conduta sem ofensa à intimidade pessoal. De outra banda, não se pode negar a necessidade de prevenção, por parte da administração penitenciária, de entrada de objetos que ponham em risco a segurança do presídio ou que permitam ao detento empreender fuga. Pensa-se que a solução é a obtenção de outros meios que possibilitem à administração verificar se a pessoa oculta ou não objetos nas cavidades naturais, como, por exemplo, detector de metal, ultra-som ou raio X.

Em síntese, verificam-se duas salutares diferenças entre a legislação portuguesa e a brasileira: a) a primeira estanca as possibilidades de revista pessoal sem autorização judicial, o que, conforme mencionado acima, não ocorre com a legislação brasileira; b) a legislação portuguesa utiliza expressão bem mais apropriada do que o direito brasileiro.

Além das hipóteses do art. 174º, o Código de Processo Penal português permite, no art. 251º, n. 1, a revista sem autorização judicial, que, por razão metodológica, será objeto do item 3.4.1.

¹⁸³ STC 57/1994 de 28.02. GURIDI, José Francisco Etxeberria. **Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba em el proceso penal**. Madrid: Talvium. p 457.

3.2.3 Revista em mulher

Tratando-se de busca pessoal ou revista em mulher – pouco importa, é claro, se com ou sem mandado – o artigo 249 do Código de Processo Penal determina que deverá ser realizada por outra mulher, “se não importar retardamento ou prejuízo da diligência”.

Jorge César de Assis¹⁸⁴ recomenda que: “sempre que possível, a busca em mulher deve ser feita em lugar discreto, fora do alcance da curiosidade popular, e o policial militar deve convidar outra mulher que inspire confiança, a qual dará instruções sob como efetuar a busca”.

Nada obsta, contudo, que policial mulher proceda à revista em homem.

No Código de Processo Penal português não há qualquer dispositivo semelhante; contudo a prática dos órgãos de polícia recomenda que a revista em mulher seja realizada por outra mulher.

3.2.4 Formalidade da revista

O legislador português é minucioso na formalidade da revista, conforme dispõe o art. 175º, nº 1, do Código de Processo Penal português. Assim, antes de se efetivar a revista, deve ser entregue ao visado, exceto na hipótese do artigo 174º, n. 4, a cópia do despacho que a determinou, garantindo-se com esta medida o direito do visado de conhecer os fundamentos desse despacho. No despacho, deve constar a possibilidade de o visado poder indicar, para presenciar a diligência, pessoa de sua confiança, que deverá apresentar-se sem delongas. Essa apresentação sem delonga deve ter sempre como critério limitativo o não prejudicar o resultado da diligência em causa¹⁸⁵. Conforme disposto no n. 2 do mesmo artigo, a revista deve respeitar a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor do visado.

¹⁸⁴ ASSIS, Jorge César. **Lições de direito para atividade policial militar**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 1994. p. 10.

¹⁸⁵ PINTO, António Augusto Tolda. **O novo processo penal**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991. p. 261.

A inobservância das formalidades acima mencionadas constituirá, conforme artigo 118º, nº 2 e 123º, mera irregularidade.

A legislação brasileira é, neste particular, deficiente, só fazendo constar as regras do art. 244 que, conforme visto no item 3.2.1, são meramente formais. Por isso, num Estado Democrático de Direito, a tutela punitiva lusitana apresenta-se escorreita.

3.2.5 A revista de natureza administrativa ou revista de segurança

Como bem salienta Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo¹⁸⁶, a revista¹⁸⁷ com mandado judicial não deve ser confundida com a revista efetuada pela polícia, sem mandado judicial, de natureza administrativa, ou a denominada “revista de segurança”¹⁸⁸, no exercício do poder-dever de preservar e restaurar a paz pública. Aquela é certa e determinada em relação à pessoa, enquanto esta pode ser certa e determinada em relação ao lugar. Talvez por isso o legislador português tenha tratado, no capítulo II, do Título I, do Livro VI, da Parte II, do Código de Processo Penal, das medidas cautelares e de polícia. A matéria merece ser tratada em item específico (3.4)

3.2.6 Distinção entre ato vinculado, ato discricionário e ato arbitrário

Numa medida de urgência, a lei permite ao policial proceder à revista ou busca pessoal independentemente da autorização judicial. Quais os critérios que o policial deve utilizar?

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessário estancar as diferenças entre discricionariedade e arbítrio, que, consoante ensinamento de Hely Lopes Meireles¹⁸⁹,

¹⁸⁶ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 134.

¹⁸⁷ A autora usa a expressão busca pessoal.

¹⁸⁸ No direito português, a revista de segurança foi consagrada pela Lei 59/98, de 25 de agosto, conforme será visto no item 3.4.1.

¹⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21ª ed. atual. por Eurico de Andrade

são atitudes inteiramente diversas. O ato discricionário permite a liberdade de ação administrativa, obedecendo, porém, aos limites permitidos pela lei. Assim, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido. O ato arbitrário, por ser contrário à lei ou excedente dela, é sempre ilegítimo ou inválido.

Poder vinculado é aquele que a lei confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, estipulando os elementos e requisitos necessários a sua formalização. É a própria norma legal que condiciona, de conformidade com o seu texto, a expedição dos dados constantes do ato. Por isso, tais atos são denominados vinculados ou regrados, significando que, na prática, o agente público “fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas suas especificações”¹⁹⁰.

Logo, a autoridade policial jamais poderá utilizar o poder arbitrário, sendo até mesmo duvidoso poder falar-se em discricionariedade. Na realidade, trata-se de um poder vinculado que obriga o órgão policial a agir, mas esta vinculação não é absoluta, devendo observar-se, em cada caso, o princípio da proporcionalidade, ou seja, é um agir com ponderação, vale dizer (e agora respondendo à pergunta inicial formulada na introdução, item 1) deve obedecer a critérios estritamente previstos na lei. Neste ponto, Portugal encontra-se mais avançado do que o Brasil, porque, no Código de Processo Penal, o procedimento é regulado de forma¹⁹¹ pormenorizada¹⁹². Para o controle da atividade policial o princípio da proporcionalidade desempenha, portanto, um papel importante.

No item a seguir (3.4), passa-se ao estudo das medidas cautelares e de polícia, utilizando-se, nos subitens 3.4.1, da mesma sistemática quanto a fase processual

Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 103.

¹⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: RT, 1990. p. 96.

¹⁹¹ A polícia militar do Estado de Minas Gerais, por meio do Batalhão de Choque, elaborou o Manual Prático Policial n. 01, que trata da abordagem, busca e identificação. No artigo 11, elenca os casos de suspeição que justificam a abordagem e identificação de pessoas, entre os quais: pessoas andando apressadamente à noite (d); (...) pessoas indo de casa em casa em áreas residenciais, como se fossem vendedores ou reparadores de telefones, bombeiros etc (k); (...) pivetes calçando tênis, usando meias altas sob a calça, calção de banho (trombadinhas) (n); (...) pessoas que se retardam em local à noite ou à hora de fechar um estabelecimento (assalto); mendigos indo de porta em porta (roubam mais do que esmolam) (p). Esse manual é de 1981, mas ainda é aplicado pela polícia militar.

¹⁹² Além da forma pormenorizada, recentemente foi aprovado o Código de Deontologia da Polícia, conforme DIÁRIO DA REPÚBLICA, I série B, n. 50, de 28.02.02. p. 1669.

(itens 3.2.1 e seguintes)

3.3 A busca

Como já tivemos oportunidade de mencionar, no Brasil o legislador só estabeleceu duas modalidades de busca: a domiciliária e a pessoal (neste caso, revista), conforme artigo 240 do Código de Processo Penal.

Para Roberto Joacir Grasse¹⁹³, a divisão em apenas duas espécies, mostra-se insuficiente, uma vez que, se ‘busca’ é procura, ela pode ser feita em qualquer local, ainda que em público por natureza, de uso comum.

Não restam dúvidas da propriedade do argumento utilizado pelo referido autor. Para tanto, basta mover os olhos para a atualidade, no qual se pode constatar a possibilidade de varejamento de dados, por meio da cibernética. Além disso, podem-se realizar buscas em veículos, que sirvam de habitação. O mesmo se pode dizer em relação a lugar público, de uso comum ou especial, ou ainda em locais sujeitos a segredo ou sigilo.

Em todas as categorias acima resta difícil, senão impossível o enquadramento nas duas hipóteses previstas no artigo 240 do Código de Processo Penal. Daí se observa à necessidade, neste aspecto, de atualização do nosso ordenamento jurídico. A tutela punitiva, no Estado Democrático de Direito, não pode ser tão singela, em matéria que atenta contra os direitos fundamentais.

Em Portugal, como também já salientado, o legislador dividiu a busca em três modalidades: “de pessoa”¹⁹⁴, busca local e busca domiciliária.

No direito português, a revista, excetuada as hipóteses especiais – buscas domiciliárias, escritório de advogado etc – está relacionada com os lugares, e a existência

¹⁹³ GRASSE, Roberto Joacir. Busca e apreensão (processo penal). **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 305. v. 12.

¹⁹⁴ Com a observação que naquele país usa-se a expressão revista. Conforme será visto no item 3.3.1 (a busca com e sem mandado judicial), o legislador português usa a expressão busca para abranger a hipótese de perseguição ao arguido ou outra pessoa que deva ser detida. Trata-se de busca “de pessoa” e não “na pessoa”

nesses lugares de objetos que dizem respeito ao crime ou que o possam comprovar. A recolha de indícios, aqui, efetua-se em local não acessível.

3.3.1 A busca com e sem mandado judicial

Embora não haja previsão legal específica no Código de Processo Penal brasileiro, é de se concluir pela possibilidade de busca outras que não a revista ou a busca domiciliar.

A regra, no entanto, deve diferir tanto da revista quanto da busca domiciliar – uma vez que nestas há restrição a direitos fundamentais – se e desde que a busca não importe em violação a intimidade da pessoa. Em outras palavras, se a busca deve ser realizada, por exemplo, em um local abandonado, como um galpão, ou um terreno baldio, ou ainda em local livremente acessível ao público, a própria autoridade policial pode, ainda que fora das hipóteses de flagrante, determinar a sua realização, sem necessidade de autorização judicial.

A busca em um veículo com o fim de colheita de prova, excetuando-se, portanto, o poder de polícia realizado de forma geral pela polícia, nas denominadas “blitz”, pode, conforme o caso, ingressar na área nuclear inviolável e intangível da intimidade.

É interessante aqui a aplicação da Teoria dos Três Graus, surgida na Alemanha, que separa a intimidade, a vida privada e as lesões socialmente toleradas em três esferas distintas: No primeiro grau, encontra-se a esfera da intimidade, área nuclear inviolável e intangível (*unantastbaren Kerndereich*) da vida privada. Ela tem como fundamento constitucional o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Pode-se se citar como exemplo o diário; Em segundo lugar, encontra-se área normal da vida privada, igualmente protegida pela constituição federal e pelo direito ordinário, mas esse bem jurídico – aqui reside a sua diferença – não pode ser visto absolutamente isolado dos compromissos e vinculações comunitárias e, por conseguinte, inteiramente coberto da colisão e ponderação de

interesses. É aplicado em sede de prova em processo penal, devendo ser respeitado a exigência do princípio da proporcionalidade. Manoel da Costa Andrade, cita como exemplo a apreensão de processos individuais num serviço público de tratamentos de drogados, acentuando que esses documentos não poderão ser utilizados como prova para efetivar a responsabilidade dos próprios consumidores, contudo é possível valorá-los com o fim de descobrir redes de tráfico de entorpecentes, ou de crimes graves a eles eventualmente associados; Por fim, tem-se a extensa e periférica área da vida normal de relação que, embora subtraída do domínio da publicidade, ressalta de todo modo a funcionalidade sistêmico-comunitária da própria interação, ou, em outras palavras, resultam nas lesões socialmente adequadas e toleradas. Cita-se como exemplo “quando num armazém se gravam as encomendas de um cliente, ou o corrector da bolsa grava as ordens de transacção de um investidor”. Os exemplos são de Manoel da Costa Andrade¹⁹⁵.

Assim, se se pretende apreender um diário¹⁹⁶ que se encontra no interior de um veículo ou pasta de advogado, de juiz ou médico, que contenha informações sigilosas de um cliente, por certo estaria abrangida pelo núcleo central da intimidade.

Não se pode olvidar, contudo, que é extremamente difícil basilar, em abstrato, quando uma prova oculta contende com a área pura e simplesmente inviolável da conformação privada da vida ou quando, de forma diversa, ela “atinge apenas aquela área da vida privada exposta, sob determinados pressupostos, à intervenção estatal¹⁹⁷”.

Para se responder à questão acima, deve-se, atendendo a todas as circunstâncias particulares, analisar cada situação caso a caso.

Assim, se a policia efetua a busca e encontra diário, pasta ou bolsa contendo sigilo profissional, deve resguardar o local e pedir autorização judicial. Só assim estar-se-ia

¹⁹⁵ ANDRADE, Manoel da Costa **Sob as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 95-96.

¹⁹⁶ Para Amelung, citado por Manoel da Costa Andrade, o diário aparece como “instrumento de exame de consciência sem ajuda alheia; como confissão sem confessor que contribui para que o indivíduo moderno, privado do apoio de grupos estabilizados, não perca, em definitivo, a sua bússola interior.” ANDRADE. Manoel da Costa. **Sob as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 99.

¹⁹⁷ ANDRADE. Manoel da Costa. *op. cit.* p. 97.

equilibrando, na justa medida, o direito ao sigilo *versus* o poder-dever estatal de investigar. Num Estado Democrático de Direito exige-se tal providencia.

Deve-se concluir, portanto, que a necessidade de mandado judicial para a realização de busca, em caráter geral, só é essencial quando houver intromissão na intimidade da pessoa visada.

O direito processual penal Português, diferente do brasileiro, prevê expressamente a busca em seu artigo 174º, n. 2, ou seja, consiste na procura de objeto ou pessoas que, respectivamente, devam ser apreendidas ou detidas, e se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público.

São, portanto, pressupostos de natureza material da busca:

- a) existência de objeto relacionado com o crime;
- b) não se relacionando, possa, contudo, servir de prova;
- c) existência de pessoa, argüido ou não, que deva ser detida;
- d) lugar reservado ou não livremente acessível ao público;
- e) existência de indícios ou de fundamentos.

Deve-se observar ainda o pressuposto formal da competência, ou seja, por ordem ou autorização da autoridade judiciária.

Aplica-se à busca sem prévio despacho da autoridade judiciária as mesmas disposições expostas no item 3.2.2 (revista sem mandado judicial).

É importante destacar que o direito processual português utiliza a expressão “busca” para abranger a hipótese de perseguição ao argüido ou a outra pessoa que deva ser detida. Essa busca é, portanto, “de pessoa” e não “na pessoa”, o que, repita-se, não é contemplado expressamente no Código de Processo Penal brasileiro.

Em se tratando de busca por ordem do juiz, deve a decisão, tanto no direito brasileiro como português, ser motivada, remetendo o leitor para o que já foi exposto no item 3.2.1.1 (a fundamentação para revista).

3.3.2 Busca em veículos

Antes de abordar a questão jurídica, urge definir o que é veículo. Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹⁹⁸, considera-se veículo como “qualquer dos meios utilizados para transportar ou conduzir pessoas, objetos, etc., de um lugar para outro, especialmente, os que são construídos pelo homem ou são dotados de mecanismos”.

No direito processual penal brasileiro resulta difícil, em razão da omissão do legislador, classificar a busca em veículo¹⁹⁹. Se enquadrá-la como modalidade da revista haverá um alargamento da idéia de varejamento pessoal. Se inseri-la como espécie da busca domiciliar importará submetê-la as restrições da inviolabilidade do lar.

O legislador português também não cuidou especificamente do assunto. Porém, como dividiu o instituto em três modalidades – revista, busca e busca domiciliar – torna-se claro que no direito lusitano ela deve ser inserida na segunda modalidade, exceto se o veículo constituir moradia da pessoa²⁰⁰.

Voltando ao direito brasileiro²⁰¹, o Projeto de Lei de 1983, ao classificar a busca pessoal, englobou a busca em veículo: “a busca pessoal consiste na revista feita nas vestes, pastas, malas e outros objetos que estejam com a pessoa ou em veículo onde ela se encontre” (CPP, art. 180).

Mesmo diante da lacuna do direito brasileiro, a solução lógica para o enquadramento da busca depende da finalidade que o veículo é utilizado.

¹⁹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. 15ª imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 1.445.

¹⁹⁹ O mesmo ocorre com o direito italiano, que não cuidou do assunto; o direito espanhol, que considera os navios nacionais mercantes como domicílio, mas excluiu os demais veículos; o direito alemão e o belga, que reputam a busca como revista “*la fouille*”, conforme PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.143-144,

²⁰⁰ Interessante o acórdão do STJ português sobre veículo recém abandonado: “O acto de buscar quaisquer indícios de crime no interior de um veículo apreendido, por ter sido abandonado pelo seu proprietário ao ser interceptado por agentes da PSP, constitui uma diligência válida, *ex vi* dos art. 171º, n. 1, 2 e 4, 178º n. 1, 249º, n. 2. al. c), do CPP”. Ac. STJ de 23.09.93, processo n. 45.178.

²⁰¹ Interessante destacar que, nas Convenções internacionais, protege-se os veículos das Missões, vedando-lhes as buscas (art. 22, n.º da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, de 1961, e art. 25 n. 3, da Convenção de Nova York, sobre as Missões Especiais, de 1969).

Assim, se o veículo é utilizado como domicílio ou residência da pessoa, como acontece, por exemplo, com trailer, cabina de caminhão, automóvel de cigano, resta claro que a busca ali realizada deve, porque o veículo não se destina a simples meio de transporte, obedecer todas as cautelas inerentes à busca domiciliar.

Contudo, se o veículo é utilizado como meio de transporte, a busca aí realizada deve obedecer as mesmas regras da busca “*de*” ou “*em*” coisas (item 3.3), exceto se ingressar na área nuclear inviolável e intangível da intimidade (apreensão de diário, pasta de advogado, etc), quando deve ser observado o que mencionou-se no item 3.3.1 (A busca com e sem mandado judicial).

Em suma, a finalidade que o veículo é utilizado, no momento da procura, é irá determinar as regras para a realização da diligência.

Deve-se registrar, por fim, que a busca em veículo, ainda que excetuado o meio de transporte que é utilizado como residência, pode importar, eventualmente, a invasão da intimidade ou da vida privada da pessoa, devendo, nessa hipótese, proceder à análise de cada caso *de per se*. Para tanto, remete-se o leitor para o que foi exposto no item 2.6 (a busca com e sem mandado judicial).

3.3.3 Formalidade da busca

O artigo 176º do Código de Processo Penal português traça as formalidades para se proceder à busca, que são praticamente idênticas às da revista.

Assim, antes de se proceder à busca é entregue (naturalmente com exceção nos casos do art. 174º, n. 4 e 251º), a quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza, cópia do despacho que a determinou, nele constando que a pessoa pode assistir a diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoas da sua confiança e que se apresente sem delonga. Tal qual no item anterior, a apresentação sem delongas deve ter sempre como critério limitativo o não prejudicar o resultado da diligência sem causa.

Na falta das pessoas anteriormente referidas, a cópia é, sempre que possível, entregue a um parente, a um vizinho, ao porteiro ou a alguém que as substitua (art. 176º, n. 2, do CPP).

Conjuntamente com a busca, ou no decurso dela, pode-se: proceder à revista de pessoas que se encontrem no lugar, desde que quem ordenar a busca tenha razões para presumir que alguém oculta na sua pessoa objetos relacionados com um crime ou que possam servir de prova; determinar que alguma ou algumas pessoas não se afastem do local e obrigar, se necessário com o auxílio da força pública, a permanência das que nele se conservem pelo tempo necessário à efetivação revista (art. 176º n. 3). Faz-se necessário, porém, que isso conste no auto.

Se a busca é efetuada por órgão de polícia criminal, é dispensada a autorização ou ordem da autoridade, desde que o consentimento fique documentado. Esse consentimento pode ser dado antes ou depois da diligência. Neste sentido decidiu o Tribunal de Relação de Coimbra, conforme Ac. De 2/12/92, CJ Ano, XVII, termo V/90.

Mais uma vez verifica-se a minuciosidade do legislador português no tocante às formalidades, ao contrário do que fez o legislador brasileiro, conforme tivemos oportunidade de comentar no item 3.2.4.

3.4 Medidas cautelares e de polícia

Anabela Rodrigues²⁰² acentua que as medidas cautelares e de polícia consagradas no artigo 248º e seguintes do Código Penal Português, têm por finalidade respeitar, por um lado, a nova filosofia assente na legislação dos meios de atuação que se encontravam numa zona que poder-se-ia denominar de “semi-clandestinidade”. E, por outro lado, “a consciência muito nítida de que a sua consagração representa um risco, assumido pelo Código, de utilização abusiva dessas medidas, levou a apertar os critérios que legitimam

²⁰² RODRIGUES, Anabela. O inquérito no novo código de processo penal. **Jornadas de direito processual penal**. n. 71.

as intervenções das polícias nesses casos”, restringindo-se a utilização das medidas a atos urgentes, e introduzindo o limite da intervenção homologadora da autoridade judiciária.

José Manoel Damião da Cunha²⁰³ faz a distinção entre as medidas cautelares – previstas no artigo 249º do Código de Processo Penal – e as medidas de polícia – previstas no artigo 250º e seguintes. Naquilo que se refere a revista, busca e apreensão, procuraremos dar o enfoque que a matéria merece.

Como mencionado, trata-se de providências cautelares quanto aos meios de prova. Na realidade, tais atos não são ainda atos processuais, mas sim atos de polícia. Todavia, em decorrência da estreita relação que tais atos podem guardar com os atos processuais, o legislador entendeu por bem discipliná-los no Código de Processo Penal. Para Germano Marques da Silva²⁰⁴, “trata-se de uma realidade conexas extraprocessualmente com a processual”.

Assim, dispõe o artigo 249º n. 1, do Código de Processo Penal, que “compete aos órgãos de polícia criminal, mesmo antes de receberem ordem da autoridade judiciária competente para procederem as investigações, praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova”. Das três hipóteses enumeradas pelo artigo 249º, a última merece menção porque determina aos órgãos de polícia criminal “proceder a apreensões no decurso de revistas ou buscas ou em caso de urgência ou perigo na demora, bem como adoptar as medidas cautelares necessárias à conservação ou manutenção dos objectos apreendidos”.

Essa faculdade, em termos comparativos, assemelha-se, em parte, com o artigo 6º, n. II e III do Código de Processo Penal brasileiro, que dispõe: “Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”.

²⁰³ CUNHA, José Manoel Damião. **O Ministério Público e os órgãos de polícia criminal no novo código de processo penal**. Porto: Ed. APPACDM Distrital de Braga, 1993. p. 136, em nota de rodapé.

²⁰⁴ SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal**. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1994. p. 63. v. III.

Tanto nestes, como naquele dispositivo, todos são determinados pela urgência.

O artigo 250º regula a forma de se proceder à identificação de qualquer pessoa. Assim, com exceção da hipótese em que, além da identificação, também se procede à revista, a matéria foge ao âmbito proposto neste trabalho²⁰⁵.

O artigo 251º trata das hipóteses em que a revista e a busca podem ser realizadas sem autorização judicial. Essa matéria já foi tratada no item 3.2.2 (revista sem mandado judicial), contudo necessário se faz aprofundar na questão.

3.4.1 A Revista e a busca sem prévio consentimento da autoridade judiciária

O artigo 251º do Código de Processo Penal português previne e consagra a possibilidade de efetivação de revistas ou buscas pelos órgãos de polícia criminal sem prévio consentimento da autoridade judiciária:

Art. 251º. (Revistas e buscas).

1. Para além dos casos previstos no artigo 174º, nº 4, os órgãos de polícia criminal podem proceder, sem prévia autorização da autoridade judiciária:

- a) À revista de suspeito em caso de fuga iminente ou de detenção e a buscas no lugar em que se encontrarem, salvo tratando-se de busca domiciliária, sempre que tiverem fundada razão para crer que neles se ocultam objectos relacionados com o crime, susceptíveis de servirem a prova e que de outra forma poderiam perder-se;
- b) À revista de pessoas que tenham de participar ou pretendam assistir a qualquer acto processual, sempre que houver razões para crer que ocultam armas ou outros objectos com os quais possam praticar actos de violência.

2. É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 174º nº 5.

De início, cumpre registrar que o número 1 do presente artigo não foi julgado inconstitucional pelo ac. nº 7/87 TC, de 9.1.87, publicado no DR, I série, de 9.2.87 (suplemento).

²⁰⁵ Deve, todavia, ser consignado que esta matéria se prende diretamente aos direitos fundamentais e em especial à liberdade física individual. Aqui também se vê o avanço do legislador português porque a lei não exige a obrigatoriedade de porte de documento de identificação. O objetivo da lei foi regulamentar a forma de identificação de pessoas que, sem qualquer documento, se encontravam em lugares de reputação duvidosa, habitualmente frequentados por delinquentes. É bem verdade que há subjetivismo na legislação ao utilizar o termo “fundada suspeita”, mas deve esta ser entendida como uma suspeita clara, razoável e objetiva. A lei brasileira não regula matéria atinente ao poder de polícia em proceder a identificação do indivíduo. Apenas o texto constitucional dispõe que o “civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei” (art. 5º inciso LVIII).

As revistas e buscas, como medidas de exceção, estão sujeitas a rigoroso e apertado condicionalismo²⁰⁶, fixando pressupostos bem definidos, não permitindo, em hipótese alguma a realização de buscas domiciliárias, que só podem ser ordenadas ou autorizadas pelo juiz (CPP, art. 177º)²⁰⁷. O que justifica a atribuição de competência à polícia, antes de qualquer ordem ou autorização, é a urgência e a utilidade para o processo. De fato, é interessante para o processo recolhê-las e preservá-las toda vez que houver risco de perda. Por isso, “o podem ser excepcionalmente sem autorização da autoridade judiciária, que normalmente se exige quando não é essa autoridade a ordená-las (art. 174º nº 3)”²⁰⁸.

Como salienta M. Simas Santos e M. Leal-Henriques²⁰⁹, o dispositivo em comento, dentro das medidas cautelares previstas na lei, “conferiu especial cuidado aquelas que aqui vêm contempladas, na medida em que elas já entram dentro da esfera privada dos cidadãos”. Daí concluem que apenas seria de esperar que o legislador as rodeasse de uma malha de condições de proteção suficientes para colocá-las fora dos abusos que usualmente são acusadas²¹⁰. Com base nos autores acima, pode-se apresentar o seguinte esquema:

²⁰⁶ SANTOS, M. Simas & LEAL-HENRIQUES, M. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. p. 37. v. II.

²⁰⁷ GONÇALVES, Manoel Maia. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 517.

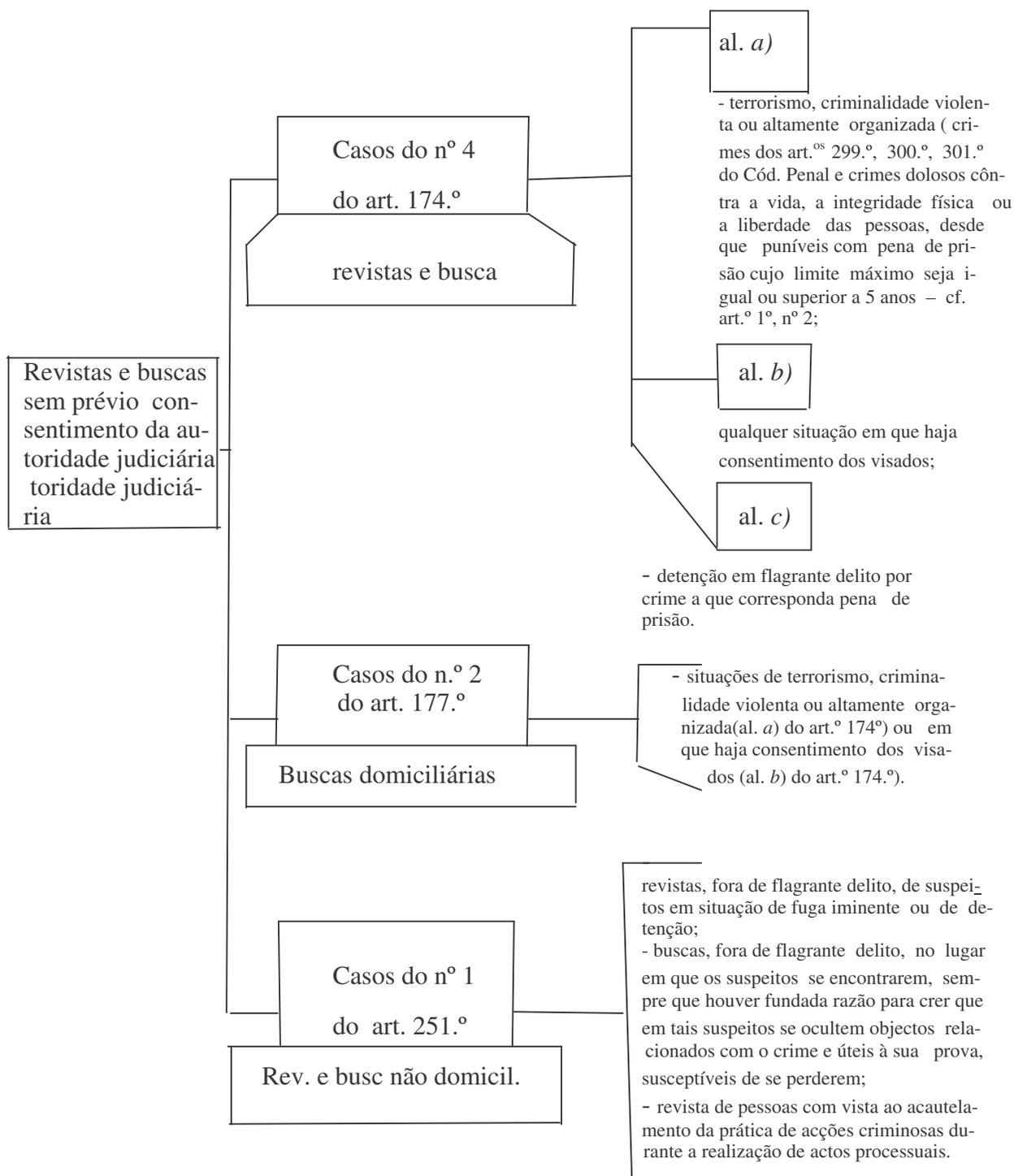
²⁰⁸ GONÇALVES, Manoel Maia. *op.cit.*p. 517.

²⁰⁹ SANTOS, M. Simas & LEAL-HENRIQUES, M. *op.cit.*p. 37.

²¹⁰ SANTOS, M. Simas & LEAL-HENRIQUES, M. *op.cit.*p. 37..

Código de Processo Penal Português.

Revistas e buscas



As revistas e buscas, sob pena de serem consideradas nulas (artigo 251º n. 2), devem ser comunicadas de imediato ao respectivo juiz da instrução, para validação,

sempre que tiverem lugar em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada (Art. 174º, alínea *a*) ou nas situações previstas no artigo 251º n. 1.

Confrontando-se o artigo 251º com o estatuído no artigo 174º, n. 4º, verificar-se-á que, no artigo ora em comento, há como que um alargamento dos casos em que as revistas e buscas são possíveis²¹¹, condicionado à existência de um suspeito e à iminência de fuga (fora do flagrante delito) ou de detenção, desde que haja fundadas razões para crer que neles se ocultem objetos relacionados com o crime, em risco de perda, e ainda para salvaguardar a segurança dos atos processuais.

Para Manuel Maia Gonçalves²¹², embora haja em paralelismo entre os artigos 251º e 174º, 4º, “c”, cada norma tem seu campo de atuação específico: o *periculum in mora*, pressuposto de regulamentação da alínea do art. 174º n. 4:

É apenas aceitável no caso de haver lugar a detenção em flagrante delito, enquanto que como pressuposto do art. 251º basta a fuga iminente de um suspeito, o que não é reconduzível do conceito de flagrante delito (pode nem haver delito), ou que haja razões para crer que os revistados ocultam armas ou outros objectos com os quais possam praticar actos de violência.

Em síntese, a alínea “c” do n. 4 do art. 174º é aplicável no caso de flagrante delito. Daí porque, com pressupostos menos rígidos, o artigo 251º aplica-se fora do flagrante delito. Basta uma fuga iminente daquele que vai ser revistado ou que este, tendo que participar ou pretendendo assistir a qualquer ato processual, seja suspeito de ocultar armas ou outros objetos com os quais possa praticar atos de violência. Trata-se de uma – repita-se – nítida medida cautelar de atividade típica de polícia.

No caso do artigo em comento, o legislador excluiu as buscas domiciliárias. Assim, sem determinação prévia do juiz, não podem os órgãos de polícia criminal efetuar buscas domiciliárias, a saber: nos termos do artigo 177º, n. 1, as que se efetuam em casa habitada ou numa sua dependência fechada.²¹³

²¹¹ SANTOS, M. Simas & LEAL-HENRIQUES, M. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. p. 38. v. II.

²¹² GONÇALVES, Manoel Maia. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 518.

²¹³ PIMENTA, José da Costa. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991.

Deve ser registrado ainda que a redação deste artigo foi dada pela Lei n. 59/98, de 25 de agosto, que consagrou a chamada “revista de segurança”, tida como indispensável ao satisfatório e seguro desempenho das funções policiais. Para a sua aprovação, utilizou-se o argumento de que esta revista, meramente cautelar, da iniciativa de qualquer elemento dos órgãos de polícia criminal, sem intenção prévia da utilização probatória, mas tão só com o intuito de estabelecimento de segurança em determinado local em que ocorram incidentes, poderia contribuir para se obter sensível diminuição dos casos de utilização efetiva de armas de fogo, quer por parte de argüidos ou suspeitos, quer por parte de elementos policiais²¹⁴. Ressalte-se a diferença entre esta revista e aquela utilizada como meio de obtenção de prova, a ter lugar no decurso das investigações deferidas à Polícia Judiciária, por ordem das autoridades judiciais.

Também foi argumentado que, embora a diligência contida na proposta tenha muito mais a ver com a ordem pública do que o processo penal, formalmente sua localização ideal deveria ser ou na lei orgânica das polícias ou na lei de segurança. Contudo, uma vez optando-se pela inclusão no Código de Processo Penal, tornava-se imperioso que a norma recolhesse uma ligação ao processo, como por exemplo, a idéia de atos preparatórios de crime – indícios de que se prepara a prática de crime –, afastando a idéia de prevenção de riscos.²¹⁵

Encerrado o estudo sobre a revista e a busca sem prévio consentimento da autoridade judiciária, os itens seguintes serão dedicados, por significar maior intromissão na intimidade da pessoa, à perquisa acerca, respectivamente, da busca domiciliar (3.4.2), da busca em escritório de advocacia, consultório médico e estabelecimento de saúde (3.4.3) e em estabelecimento comercial (3.4.4).

²¹⁴ SANTOS, M. Simas & LEAL-HENRIQUES, M. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. p. 38. v. II.

²¹⁵ SANTOS, M. Simas & LEAL-HENRIQUES, M. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. p. 38. v. II.

3.4.2 Busca domiciliar

O homem mais pobre desafia na sua casa todas as forças da Coroa; sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento soprar por entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o rei da Inglaterra não pode nela entrar²¹⁶.

Em todos os países democráticos sempre houve a preocupação em proteger a casa do indivíduo. No Brasil, A Constituição Federal de 1988 não foi diferente, conforme se pode inferir do artigo 5º inciso XI. Em Portugal, a Constituição estabelece que “a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei” (Art. 34º, n. 2).

Antes da quinta revisão constitucional portuguesa, o n. 3 do artigo 34º tinha a seguinte redação: “ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento”. A constituição portuguesa olvidou de excepcionar aquelas situações previstas na Constituição brasileira e de outros países. Daí que, por meio da Lei Constitucional nº 01/01, de 12.12.01 (quinta revisão constitucional), foi acrescido:

Salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.

O Código de Processo Penal brasileiro, conforme se verifica do artigo 240 § 1º e artigo 293 e parágrafo único, não define em que consiste a busca domiciliar. Diferentemente, o Código de Processo Penal Militar diz que “a busca domiciliar consistirá na procura material portas adentro da casa” (Artigo 172). Consiste, assim, na procura efetuada dentro de uma casa. Essa procura pode, no entanto, ultrapassar os limites físicos do imóvel, abrangendo “edifícios, terrenos, móveis e lugares diversos”²¹⁷. É evidente que, se autorizada a busca domiciliar, a autoridade policial pode proceder à revista nos moradores da casa porque

²¹⁶ Lord Chatham, *apud* Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **A constituição na visão dos tribunais**. Interpretação e julgados artigo por artigo. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Gabinete da Revista. 1997. Artigos 1º a 43. São Paulo: Saraiva. p. 34. v. I

²¹⁷ ROSA, Inocêncio Borges da. **Processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Globo, 1942. p. 146. v. 2.

estes podem esconder, em suas vestes ou corpo, justamente o objeto da busca.

O Código de Processo Penal português assim disciplinou a busca domiciliária (art. 177º):

1. A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efectuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade.
2. Nos casos referidos no artigo 174º, nº 4, alíneas a) e b), as buscas domiciliárias podem também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgão de polícia criminal. É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 174º, nº 5.
3. Tratando-se de busca em escritório de advogado ou em escritório médico, ela é, sob pena de nulidade, presidida pessoalmente pelo juiz²¹⁸, o qual avisa previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente.
4. Tratando-se de busca em estabelecimento oficial de saúde, o aviso a que se refere o número anterior é feito ao presidente do conselho directivo ou de gestão do estabelecimento ou a quem legalmente o substituir.

Como se pode notar, o legislador português enquadra a busca em escritório de advocacia, em consultório médico e em estabelecimento de saúde no mesmo artigo que trata da busca domiciliar, devido à particular importância destes profissionais no meio social. Por questão metodológica foi dedicado item específico (3.4.3) para o estudo das buscas nessas hipóteses.

A busca domiciliar, por implicar na violabilidade do lar e da intimidade pessoal, pode ser uma das medidas que importa em maior restrição a liberdade física individual. Daí que a entrada em casa alheia, com a finalidade de investigação criminal, encontra barreiras estabelecidas na Constituição da República:

A casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI da CRFB).

Vê-se, assim, que a busca domiciliar, no Brasil, é jurisdicional. Necessário, porém, deixar ressalvado que além desta diligência, de carácter processual penal, há ainda outra: o poder-dever da administração pública que, de modo restrito, eventual e emergencial, tem de entrar em casa alheia. Pode ocorrer, ainda, que a Administração Pública ou órgão de

²¹⁸ Em princípio, pode causar estranheza o fato de a diligência ser realizada pessoalmente pelo juiz, em razão de possível ofensa ao princípio do contraditório. Não se pode perder de vista, contudo, que conforme prevê o artigo 17º do Código de Processo Penal português, o juiz da instrução não julga o processo, verbis: Art. 17º. Compete ao juiz de instrução proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito, nos termos prescritos neste Código.

saúde, entre em casa alheia, “em casos de manifesta e indubitosa urgência, como por exemplo, para conter ou dissipar epidemia ou endemia”²¹⁹. Em todos estes exemplos, não há como negar a restrição a liberdade física individual.

Em Portugal, o Código de Processo Penal permite que, nas hipóteses do artigo 174º nº 4, alíneas a) e b)²²⁰, as buscas domiciliárias sejam ordenadas pelo Ministério Público ou efetuadas diretamente pelos órgãos de polícia criminal. Necessário, contudo, que sejam, sob pena de nulidade, imediatamente comunicadas ao juiz de instrução para apreciação.

Extrai-se do Texto Constitucional brasileiro (e português) que as hipóteses permissivas de entrada em casa alheia são taxativas. Temos, assim, a busca domiciliar com autorização judicial e, excepcionalmente, sem autorização judicial: a) mediante livre e expresso consentimento do morador; b) em caso de flagrante delito; c) quando realizada pela própria autoridade judiciária (artigo 241 do Código de Processo Penal brasileiro)²²¹.

a) **Mandado judicial**

Conforme artigos 240 § 1º e 241, segunda parte, do Código de Processo Penal Brasileiro, permite-se a expedição de mandado judicial quando houver “fundadas razões” para procurar pessoas, coisas ou objetos que tenham relação com o fato pesquisado. Por “fundadas razões” deve-se entender, num Estado Democrático de Direito, motivos concretos, fortes indícios da existência de elementos de convicção que possam ser encontrados na casa. Não se confunde, evidentemente, com meras suspeitas.

Exige-se, ainda, que o mandado seja cumprido de dia, conforme prevê

²¹⁹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 112.

²²⁰ Para melhor compreensão, eis o teor do artigo: “artigo 174º (...) 4. Ressalvam-se das exigências contidas no número anterior as revistas e as buscas efectuadas por órgãos de polícia criminal nos casos: a) De terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa; b) Em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado: (...)”.

²²¹ O artigo em referência deve ser entendido quanto, obviamente, o juiz acompanha a diligência, conforme NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 435.

expressamente o artigo 5º inciso XI da Constituição Federal, exceto se o “morador consentir que se realize à noite”, conforme prevê o artigo 245 do Código de Processo Penal.

Quando finda o dia e se inicia a noite? O legislador brasileiro não definiu. A doutrina brasileira a esse respeito se divide. Julio Fabbrini Mirabete²²² entende que deve ser aplicado, por analogia, o artigo 172 do Código de Processo Civil. A noite, portanto, é o período que se estende das 18 às 6 horas. No mesmo sentido, Jose Afonso da Silva²²³. Há autor que afirma, no entanto, que o termo “noite” deve ser entendido segundo critério físico-astronômico, como o intervalo de tempo situado entre a aurora e o crepúsculo²²⁴.

Diferente foi a posição adotada pelo legislador português: o Código de Processo Penal é taxativo: só pode ser efetuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade.

O resultado da diligência não precisa, necessariamente, ser positivo para ser legal. Os fundamentos invocados para a expedição do mandado devem estar demonstrados de plano e não na hora da execução da diligência. A não observância dos requisitos legais para a expedição do mandado pode configurar, eventualmente, os crimes de violação de domicílio (CP, art. 150) e de abuso de autoridade (Lei 4.898/65, art. 3º, letra *b*), além, do fato de que nenhum valor possui a prova obtida sem o respeito às garantias constitucionais.

b) Sem mandado judicial

Em três hipóteses, permite-se a busca domiciliar²²⁵ sem o respectivo mandado.

A primeira, com o consentimento expresso e inequívoco do morador: a autorização deve ser dada pela pessoa que sofrerá a medida, ou outra pessoa que

²²² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 541.

²²³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 6ª ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 1990. p. 377.

²²⁴ Assim, José Celso de Melo Filho, *apud* Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil (promulgada em 05 de outubro de 1988), art. 5º a 17**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 69. v. 2.

²²⁵ A Constituição Federal excepciona, ainda, a inviolabilidade do lar nas hipóteses de desastre e para prestação de socorro, mas, em geral, não se trata de busca.

legitimamente a represente.

Quando se trata de habitação coletiva, o consentimento de um dos moradores não autoriza a busca na casa ou aposento de terceiros. A esse respeito, interessante a lição de Manuel da Costa Andrade²²⁶:

Na medida em que falta uma autorização no mínimo concludente, o consentimento de uma só pessoa não basta para legitimar as buscas na casa habitada por vários (...). Quando um dos membros da casa autoriza que outro dos habitantes permita a entrada de pessoa particular ou do homem do gás, daí não pode concluir-se que o autorize também a franquear a porta a quem vem preparar a sua condenação, isto é, a inflicção de um mal.

Baseado no poder-dever estatal de garantir ou restaurar a paz pública, a Constituição Federal do Brasil e a Constituição Republicana de Portugal permitem, excepcionalmente, a busca domiciliar, sem o respectivo mandado, em caso de flagrante delito. Está é a segunda hipótese.

Foge ao âmbito deste trabalho especificar as hipóteses de flagrante delito previstas no artigo 302²²⁷ do Código de Processo Penal brasileiro e no artigo 256 do Código de Processo Penal Português²²⁸. O importante é destacar que, se há flagrante delito e o indivíduo se refugia em casa própria ou de terceiros, pode-se efetuar a sua prisão, mesmo que seja durante a noite, por expressa autorização constitucional. Se houver resistência de terceiros – seja à prisão em flagrante, seja à determinada por autoridade competente –, o executor poderá usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, lavrando-se auto que deverá ser subscrito por duas testemunhas (CPP, art. 293).

O artigo 255º do Código de Processo Penal Português, que tem como epígrafe “detenção em flagrante”, apenas permite a qualquer autoridade judiciária ou entidade

²²⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 52.

²²⁷ Para melhor compreensão: “Art. 302. Considere-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”.

²²⁸ Para melhor compreensão: “art. 256º 1. É flagrante delito todo crime que se está cometendo ou se acabou de cometer. 2. Reputa-se também flagrante delito o caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objectos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar. 3. Em caso de crime permanente, o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar”.

policial proceder à detenção de quem se encontre em flagrante delito, se o crime punível for de prisão, bem como autoriza a qualquer pessoa a fazê-lo se uma das entidades referidas não estiver presente nem puder ser chamada em tempo útil.

De volta ao direito processual penal brasileiro, se se tratar de prisão – em casa própria ou de terceiro – em virtude de mandado, portanto, fora das hipóteses de flagrante, a lei processual penal brasileira estabelece a forma de proceder à prisão. Assim, o artigo 293 do Código de Processo Penal preconiza que o executor da prisão deve “verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão”. Vê-se, portanto, que a lei exige a certeza da presença do aprisionando na casa. E se ocorrer recusa por parte do morador? Ele será intimado a entregar o indivíduo perseguido e, persistindo na recusa, o executor convocará duas testemunhas e, se durante o dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se necessário; se à noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão (CPP, art. 294).

No direito processual penal português não há dispositivo semelhante, conforme se pode notar nos artigos 255º e 256º, que tratam da prisão em flagrante delito e artigo 174º e seguintes que tratam das revistas e buscas.

Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo²²⁹ entende que, como o flagrante sugere, em primeiro lugar, atualidade e, em segundo, evidência, só é admissível a busca domiciliar, sem o respectivo mandado, nas hipóteses de flagrante real (art. 302, incisos I e II do CPP). Para ela, não se admite interpretação larga do preceito legal, ou seja, nos casos de presunção de flagrante²³⁰ (art. 302, incisos III e IV do CPP) são necessárias cautelas especiais;

²²⁹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 120-121.

²³⁰ No direito português a classificação do flagrante é praticamente idêntica à do direito brasileiro, como se pode notar na redação do artigo 255º e 256º do Código de Processo Penal, *verbis*: Art. 255. “1. Em caso de flagrante delito, por crime punível com pena de prisão: a) Qualquer autoridade judiciária ou entidade policial procede à detenção; b) Qualquer pessoa pode proceder à detenção, se uma das entidades referidas na alínea anterior não

tanto assim que a lei processual fixa normas específicas para a execução (art. 282 a 295 do CPP), podendo extrair, em especial, o artigo 293²³¹ do CPP, que utiliza a expressão “verificar com segurança”. E finaliza que “se houver somente suspeita, ainda que fundada em boas razões, será necessário fazer antes a busca domiciliar (art. 240, §1º, ‘a’, do CPP), para o qual a lei exige mandado especial de busca e apreensão (art. 243, I, II e III, §1º, e art. 5º, XI da CRFB)²³²”.

Para a entrada em casa alheia, ainda que se trate de flagrante real, deve-se ponderar o princípio da proporcionalidade, como, por exemplo, a natureza da infração.

A última hipótese ocorre se a busca for realizada pela própria autoridade judiciária. Nesse caso, por razões óbvias, dispensa-se o respectivo mandado. O artigo 241 do Código de Processo Penal brasileiro faz referência, também, à autoridade policial; contudo o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, não recepcionou aquela parte do dispositivo.

Deve ser lembrado, ainda, que a lei n. 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, estabelece, no artigo 3º, §§ 1º e 2º, que as buscas que comportem violação de sigilo devem ser efetuadas pessoalmente pelo juiz.

No item 3.6.2 adentraremos a questão da inconstitucionalidade deste

estiver presente nem puder ser chamada em tempo útil. 2. No caso previsto na alínea b) do número anterior, a pessoa que tiver procedido à detenção entrega imediatamente o detido a uma das entidades referidas na alínea a), a qual redige auto sumário da entrega e procede de acordo com o estabelecido no artigo 259º. 3. Tratando-se de crime cujo procedimento dependa de queixa, a detenção só se mantém quando, em acto a ela seguido, o titular do direito respectivo o exercer. Neste caso, a autoridade judiciária ou a entidade policial levantam ou mandam levantar auto em que a queixa fique registrada. 4. Tratando-se de crime cujo procedimento dependa de acusação particular, não há lugar a detenção em flagrante delito, mas apenas á identificação do infractor”. Art. 256º. 1. É flagrante delito todo o crime que se está cometendo ou se acabou de cometer. 2. Reputa-se também flagrante delito o caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objectos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar. 3. em caso de crime permanente, o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar. Assim, e conforme Germano Marques da Silva, o flagrante classifica em: flagrante delito (art. 256º, n. 1, primeira parte); quase flagrante (art. 256º, n. 4, segunda parte) e flagrante presumido (art. 256º, n. 2).

²³¹ Para melhor compreensão: “Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, o morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão”.

²³² PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 122.

dispositivo.

3.4.3 Busca em escritório de advocacia, consultório médico e estabelecimento de saúde.

O Código de Processo Penal português, diferentemente do brasileiro, consagra, no art. 177º n. 3, o regime de busca em escritório de advocacia ou em consultório médico. Assim, para a busca realizada em qualquer um destes lugares é exigido, sob pena de nulidade, a comparência do juiz.

Há ainda outra formalidade que o juiz tem de cumprir: aviso, por qualquer meio, ao presidente do Conselho local da respectiva Ordem, para que ele mesmo, ou um delegado seu, possa comparecer. O dispositivo nada diz sobre a antecedência mínima do aviso. Há de ela, naturalmente, consistir num prazo razoável, que torne possível a presença no local.

Se se tratar de busca em estabelecimento de saúde, o aviso é feito ao presidente do Conselho Directivo ou de gestão do estabelecimento, ou ouvido a quem legalmente o substituir.

A violação ou inobservância dos preceitos contidos no artigo 177º, n. 3 e 4, enseja lugar, consoante as hipóteses, a nulidade ou mera irregularidade.

Em relação à busca em escritórios de advogado, o regime já é prestado no art. 59º do Estatuto da Ordem, aprovado pelo Decreto-lei nº 84/84, de 16 de março, o qual estabelece que a busca e diligência em escritório de advogado “só podem ser decretadas e presididas pelo juiz competente”.

O artigo 61º daquele Estatuto prevê a hipótese de, no decurso da busca (ou da apreensão), o advogado visado apresentar qualquer reclamação relativa à diligência em curso.

A reclamação é dirigida ao juiz do respectivo processo, que a encaminha ao Tribunal de Delação. Se a reclamação tiver por fundamento a violação do segredo profissional, o Tribunal deve sobrestar a diligência.

A lei processual brasileira é praticamente omissa no que tange à busca realizada em escritório de advocacia, consultório médico ou estabelecimento de saúde.

Há remissão, vaga por sinal, apenas em relação ao primeiro, conforme se lê no art. 243, § 2º do Código de Processo Penal: “não será permitida a apreensão de documentos em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito”. Esse dispositivo, aliado à garantia constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV), justificam a maior restrição do manejo em escritório de advocacia; contudo, o Estatuto da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil – (Lei 8.906/94), em seu artigo 7º, inciso II, determina que a busca deve ser acompanhada por representante da ordem²³³. Como se pode notar, o Brasil seguiu os passos da legislação portuguesa.

Essa inviolabilidade do escritório de advocacia não é, contudo, absoluta. De fato, não se pode ter como irrestrita “a proteção conferida ao defensor do acusado, em benefício da defesa ampla, plena, deste, colocando o seu escritório ao abrigo das buscas ordenadas com o fito de esclarecer o crime investigado”.²³⁴

3.4.4 Busca em estabelecimento comercial ou industrial

A tutela constitucional que protege a casa não abrange o estabelecimento comercial ou industrial, porquanto o bem constitucionalmente protegido é a intimidade pessoal e familiar, direito fundamental inerente tão só as pessoas físicas. Isso não significa,

²³³ Eis o teor do artigo 7º, II da Lei 8906/94: “São direitos do advogado: II- ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos ou dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada por representante da OAB”.

²³⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 264.

contudo, que naqueles locais se possa proceder a busca aleatoriamente. A necessidade de preservação do sigilo ou segredo da atividade desenvolvida acaba por limitar a realização da diligência. Neste sentido é a determinação do Código Tributário Nacional brasileiro²³⁵ que autoriza o exame de livros, arquivos e documentos, papéis e feitos comerciais, mas resguarda o segredo em razão de ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

A forma de proceder a busca, e a exceção, estão previstas, respectivamente, no artigo 197 e seu parágrafo único do Código Tributário Nacional brasileiro, *verbis*:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III – as empresas de administrações de bens;

IV – os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V – os inventariantes;

VI – os síndicos, comissários e liquidatários;

VII – quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão do cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Assim, deve-se preservar o segredo das atividades comerciais, sendo vedado ao fisco quebrá-lo²³⁶, podendo inclusive, responder o faltoso criminalmente pela figura prevista no artigo 325²³⁷ do Código Penal.

Neste sentido, aliás, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, conforme súmula 439, “Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto de investigação”.

Tratando-se de estabelecimento comercial ou industrial aberto ao público

²³⁵ Artigo 195 do CTN. Para melhor compreensão: “Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los”.

²³⁶ Artigo 198 do CTN dispõe: “sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”.

²³⁷ Para melhor compreensão: “art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.”

deve-se atentar para a finalidade da busca. Assim, se se trata de busca ou inspeção para fins fiscais trabalhistas, o poder de polícia concedido à administração permite a sua realização. Se a busca tem finalidade processual, a dispensa de mandado judicial só ocorre nas hipóteses de flagrante. Embora não se trate de busca domiciliar deve-se obedecer as mesmas regras desta, por força do sigilo de atividade desenvolvida, ou seja, somente o mandado judicial legitima a atividade da autoridade policial. A inobservância da regra torna nula a diligência realizada, e por conseguinte, a prova colhida.

Com propriedade assevera Antônio Bento da Faria²³⁸:

Se por vontade do próprio dono o seu estabelecimento é posto à disposição do público para nele penetrar livremente, a qualquer hora, essa entrada, da mesma forma, não poderia ser obstada à autoridade judiciária e seus agentes. Cumpre advertir sobre a distinção entre o direito de penetrar nos lugares acessíveis ao público e o direito de aí proceder diligências.

Em Portugal, a sistemática é praticamente idêntica ao Brasil. O regime jurídico das Infrações Fiscais Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-lei n. 376-A/89, de 25 de outubro, atribui aos órgãos de polícia fiscal competência para proceder à fiscalização, incluindo o exame de livros e documentos, e à realização de ações preventivas, designadamente varejos e exame de mercadorias. Esta ação, seja fiscalizadora ou preventiva, pode incidir em qualquer meio de transporte ou em qualquer estabelecimento, loja, armazém ou recinto fechado que não seja casa de habitação.

Assim, as diligências (buscas, revistas e apreensões), enquanto realizadas no âmbito da prevenção ou atividade de fiscalização, inserem-se numa competência própria, extraprocessual, e por isso não necessitando de intervenção das autoridades judiciárias. Contudo, se tais diligências são realizadas quando há indícios de crime, visando comprovar esse indício, inserem-se no campo da investigação criminal, entrando já no domínio do processo penal e, por tal motivo, sujeitas à respectiva disciplina definida no Código de Processo Penal (art. 174º a 178º e 251º).

Findo o estudo dos institutos acima referidos no Código de Processo Penal

²³⁸ FARIA, Antônio Bento de. **Código de processo penal**. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 361. v. I.

brasileiro e português, impõe-se a necessidade de a pesquisa se estender em leis esparsas de Portugal e do Brasil. É o que será visto nos itens subseqüentes (3.5 e 3.6).

3.5 A revista e busca em leis esparsas portuguesas

3.5.1 Revistas na hipótese de consumo de estupefacientes

As autoridades policiais, no exercício de suas funções, entre elas a de prevenção e repressão à criminalidade, quando verificarem que alguém está consumindo ou se prepara para consumir, ou adquirir, ou está a deter, na sua posse, para consumo próprio, plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV anexas ao DL n° 15/93, podem proceder eventualmente à revista pessoal do consumidor para a detecção e apreensão de elementos da prova da contra-ordenação, tudo em conformidade com o artigo 4º, n. 1, da Lei 30/2000.²³⁹

Nem a Lei n° 30/2000 nem tampouco o RGCO (Regime Geral de Contra-ordenações) estipularam qualquer regra de procedimento quanto à revista prevista no artigo 4º, n. 1, da referida Lei. Aplicam-se, portanto, nos termos da alínea *a*) do n. 1 do artigo 251º do Código de Processo Penal, *ex vi* artigo 26 da Lei n. 30/2000 de 29 de novembro, os preceitos processuais penais relativos à revista. Assim, como meio de obtenção de prova, a revista apenas deverá ser efetuada se estiverem preenchidos os pressupostos consagrados no artigo 251º do Código de Processo Penal, ou seja, é necessário que exista fundada razão de que o indivíduo oculta o objeto suscetível de prova da prática de contra-ordenação e que se poderá perder até que a revista seja autorizada pela autoridade judiciária.

A expressão “eventualmente”, mencionada pelo legislador, não foi em vão. É sabido que a revista é uma medida de exceção. Assim, a revista está ainda condicionada ao

²³⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Novo regime legal do consumo de drogas: uma nova atitude. **Revista polícia portuguesa** - órgão de informação e cultura da PSP. Ano LXIV, II série, bimestral. n° 128 março/abril 2001. p. 5.

advérbio “eventualmente”, que acumula as noções de tempo e modo. Isto não significa que as autoridades policiais possam efetuar revistas sempre que seja eventual a suspeita, mas sim quando a suspeita seja fundamentada em elementos de fato, que necessariamente hão de fundamentar a matéria de direito.

3.5.2 A revista nas hipóteses da Lei Tutelar Educativa

A Lei Tutelar Educativa aprovada pela Lei n. 166/99, de 14 de setembro, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2001, prescreve um novo modelo de intervenção relativamente aos indivíduos com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos que pratiquem fatos qualificados, por lei, como crimes.

No que tange à matéria objeto deste estudo, importa salientar que, na hipótese de detenção do menor, os Órgãos da Polícia Criminal, por razões de segurança, devem efetuar uma revista sumária. Nos termos do artigo 251º, *ex vi* artigo 128º da Lei Tutelar Educativa, o policial deve solicitar que o menor deposite sobre uma superfície rígida todos os artigos que possam indicar a prática do fato que originou a intervenção da Polícia e que possam ferir (seringas, navalhas, armas)²⁴⁰.

Trata-se de uma medida (cautelar) de exceção e, como tal, só deve ser efetuada quando presentes os requisitos legais, ou seja, *fumus boni iures* e *periculun in mora*. Assim, quando o menor é detido, é necessário que haja fundadas suspeitas de que, nas suas vestes, ele oculta objetos relacionados com o fato tido como criminoso e que sejam suscetíveis de servir de prova (*fumus boni iures*). A demora em solicitar autorização à autoridade judiciária poderia resultar na perda de tais provas (*periculun in mora*).

Com o objetivo de evitar constrangimentos à pessoa do menor, bem como de preservar sua identidade, a revista deve ser efetuada num local reservado e, sempre que

²⁴⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Delinquência juvenil – dos actos praticados pelos órgãos de polícia criminal no processo tutelar educativo. **Infância e Juventude**: Revista do Instituto de Reinserção Social Outubro/Dezembro 2001- 04. Diretora Maria Manuela Baptista Lopes. p. 73.

possível, na presença do responsável pelo poder paternal. Se não for possível encontrar os pais ou estes se encontrarem implicados na prática do crime, deve-se proceder à revista na presença de um familiar idôneo. Se, ainda assim, não for possível, aí sim pode-se proceder a revista na presença de qualquer testemunha.

3.5.3 As buscas nas hipóteses da Lei Tutelar Educativa

Na prática de crimes em que há participação ativa de menores, guardam relevo à matéria objeto deste estudo os relacionados a estupefaciente (uso e traficância), a atividade de receptação, furto e roubo, haja vista que é necessário efetuar buscas nos locais onde os menores praticam tais atividades criminosas, especialmente se nas suas residências.

Se não se tratar de busca domiciliária, a polícia deve efetuar a busca no local em que os menores forem encontrados, com o objetivo de descobrir e recolher objetos relacionados com o fato qualificado como crime e que sejam suscetíveis de servir de prova²⁴¹. Aqui também se trata do poder cautelar de polícia que objetiva a preservação das provas em razão do risco de perda, que poria em causa o rigor probatório e a execução de futuros exames e perícias.

Em se tratando de busca domiciliária, devem ser observados os princípios constitucionais previstos nos artigos 1º e 34º da Constituição da República de Portugal e os princípios processuais elencados nos artigos 174º, 175º e 177º do Código de Processo Penal. A regra é, portanto, que as buscas domiciliárias sejam realizadas somente mediante autorização da autoridade judiciária competente e efetuadas no horário das 7h às 21h. Dispensa-se a autorização judicial se for caso de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada (artigos 299º, 300º e 301º do Código Penal) e fatos qualificados como crimes dolosos contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas, cuja pena

²⁴¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Delinquência juvenil – dos actos praticados pelos órgãos de polícia criminal no processo tutelar educativo. **Infância e Juventude**: Revista do Instituto de Reinserção Social Outubro/Dezembro 2001- 04. Diretora Maria Baptista Lopes. p. 74.

abstratamente aplicável seja superior a 5 anos, tudo em conformidade com o artigo 174º, nº 1, 2 e 4, alíneas *a)* e *b)* do Código de Processo Penal.

Se os pais ou responsáveis do menor autorizarem a busca, também se dispensa, por óbvio, a autorização da autoridade judiciária. Se somente o menor mora na residência, a busca deve ser realizada com acompanhamento de um familiar ou de um vizinho idôneo.

3.5.4 Buscas e revistas no âmbito de realizações cívicas, políticas, religiosas, artísticas, culturais ou desportivas

A lei n. 08/97, de 12 de abril, criminalizou condutas suscetíveis de criar perigo para a vida e integridade física decorrentes do uso e porte de armas e substâncias ou engenhos explosivos ou pirotécnicos no âmbito de realizações cívicas, políticas, religiosas, artísticas, culturais ou desportivas.

O artigo 1º definiu o crime de uso e porte de armas e substâncias ou engenhos explosivos ou pirotécnicos em recintos públicos. No artigo 5º, a lei autoriza as buscas e revistas “sempre que haja fundadas suspeitas, as forças de segurança podem realizar buscas e revistas tendentes a detectar a introdução ou presença de armas e substâncias ou engenhos explosivos ou pirotécnicos nos estabelecimentos de ensino ou recintos onde ocorram as manifestações referidos no nº 1 do artigo 1º”.

Note-se que, nesse caso, o legislador exigiu menos do que no artigo 251º, nº 1, *alínea a)*, que postula “fundada razão”, ou no artigo 174º, que exige “indícios”, ambos do Código de Processo Penal. Na realidade, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, o legislador graduou as exigências conforme o maior ou menor risco coletivo. Assim, nas hipóteses da Lei nº 8/97, alargou o critério aos órgãos de polícia criminal, diminuindo-o um pouco mais nas medidas cautelares de polícia previstas no artigo 251º, e, por fim, estreitou-o ainda mais na hipótese do artigo 174º do Código de Processo Penal português.

3.5.5 Revistas em caso das manifestações de violência associadas ao desporto

A lei n. 38/98, de 4 de agosto, ao estabelecer medidas preventivas e punitivas a serem adotadas em caso de manifestações de violência associadas ao desporto, autorizou, no artigo 17º, a revista nos seguintes termos: “1- As autoridades policiais destacadas para o evento desportivo, sempre que tal se mostre necessário, podem revistar os espectadores, por forma a evitar a introdução no recinto de objectos proibidos ou susceptíveis de possibilitar actos de violência”.

Aqui o legislador mencionou apenas “sempre que tal se mostre necessário”, portanto, conforme mencionado no item anterior, ampliam-se ainda mais os critérios a serem utilizados pelos órgãos de polícia criminal, em razão da natural paixão advinda da atividade desportiva.

3.6 A revista, busca e apreensão em leis esparsas brasileiras

3.6.1 Estatuto da criança e do adolescente

Vários dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, acerca dos direitos do menor, podem levar ao estudo da limitação da liberdade física individual. Um dos mais importantes, todavia, é o que, reafirmando o texto da Constituição, determina ao Estado o dever de zelar pela integridade física (artigo 125).

No que toca à liberdade física individual, sobressaem, no Estatuto da Criança e do Adolescente, os artigos 173 e 178. Pelo primeiro, no inciso II, permite-se à autoridade apreender o produtos e os instrumentos da infração e, no inciso III, requisitar exames ou perícias. O segundo artigo dispõe que o menor não pode ser transportado em compartimento fechado de veículo policial, além de que ele tem direito, em caso de internação, a compartimento isolado dos adultos.

Ainda pela legislação especial, é vedada a divulgação de fotografias de menores envolvidos em atos infracionais. No mais, aplica-se subsidiariamente a legislação processual penal.

3.6.2 A lei contra a organização criminosa

Diferentemente da legislação portuguesa, o legislador brasileiro tratou dos crimes de organização criminosa em lei especial. Assim, a lei n. 9.034/95, no artigo 3º, §§ 1º e 2º, ao dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, permitiu que o juiz efetue, pessoalmente, as diligências que comportem quebra de sigilo. Resulta claro que o juiz, ao proceder referida diligência, pode fazer a revista.

Nesse ponto, Ada Pellegrini Grinover²⁴² sustenta que o mencionado parágrafo é inconstitucional porque:

Fere a mais importante garantia do devido processo legal que é a imparcialidade do Juiz. E é, igualmente, inconstitucional, porque vulnera o modelo acusatório, do processo de partes, instituído pela constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual.

Ressalta ainda que:

Os juízes brasileiros devem negar-se a cumprir o dispositivo, justificando perante o Tribunal sua posição, em face de sua evidente inconstitucionalidade, que põe em risco a imparcialidade, atributo essencial do exercício da função jurisdicional.

E assim entendeu o STF. Conforme será visto no item 4.1.5.3, referido dispositivo foi declarado inconstitucional, na ADIN 1570/DF, tendo como relator o ministro Maurício Corrêa.

²⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. Que juiz inquisidor é este? **Boletim do instituto brasileiro de ciências criminais**, n. 30, jun. 1995. p. 1.

3.6.3 Lei ambiental

O meio ambiente é fonte vital para todos os seres humanos e sua destruição constitui um dos grandes problemas que a humanidade tem deparado. Nos últimos anos a preocupação aumentou e foram muitas as questões suscitadas em todo o Mundo a respeito da preservação ambiental.

No Brasil, a Constituição Federal, ao regulamentar o assunto no art. 225, buscou como inspiração, em especial, as Constituições da Grécia (1975), Portugal (1976) e da Espanha (1975).²⁴³

Com toda a necessidade de maior proteção ao meio ambiente e após a previsão constitucional, foi editada no Brasil a Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, na qual se previu, dentre outros assuntos, no capítulo III, art. 25, a apreensão dos produtos e instrumentos de infração administrativa ou de crime²⁴⁴.

Nota-se que o legislador, no afã de proteger a flora e fauna e de punir os degradadores do meio ambiente resolveu, por meio da busca e apreensão reter os objetos, animais e plantas que se encontraram em poder de violadores, com os objetivos de averiguação e maior garantia da obtenção de prova, uma vez que, após o lavramento do auto de apreensão, os objetos e espécimes apreendidos são encaminhados a lugares especializados ou a instituições científicas, hospitalares ou penais, com fins beneficentes e outros.

Não restam dúvidas de que a busca e apreensão prevista na lei ambiental pelas peculiaridades que a matéria requer, foi de real importância e sinal de grande avanço para a defesa do meio ambiente.

Embora, por necessidade metodológica, fez-se referência, neste capítulo, à

²⁴³ PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o meio ambiente**, 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 22.

²⁴⁴ Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se nos respectivos autos. §1º. Os animais serão libertados em seu *habitat* ou entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, desde que fiquem sob a responsabilidade de terceiros habilitados. §2º. Tratando-se de produtos perecíveis ou madeiras, serão estes avaliados e doados a instituições científicas, hospitalares, penais e outras com fins beneficentes. §3º Os produtos e subprodutos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais. §4º. Os instrumentos utilizados na prática da infração serão vendidos, garantida a sua descaracterização por meio da reciclagem.

apreensão, referido instituto merece ser tratado em capítulo isolado da revista. É o que se vê, no capítulo seguinte.

IV. APREENSÃO

4.1 Apreensão

Antes da abordagem ao tema *Apreensão*, urge indicar inicialmente o sentido etimológico do termo e, em seguida, o conceito mais amplamente usado e conhecido pelos doutrinadores, ressaltando-se que, na doutrina nacional, poucos se preocuparam em conceituá-la²⁴⁵. Segundo o dicionário corresponde a:

Ato ou efeito de apreender, assimilação do que é cognoscível, percepção; grande inquietação, preocupação, receio, temor; tomada com base legal, confisco; na escolástica, ação cognitiva através da qual se toma como objeto um conceito, uma proposição ou uma qualidade sensível, sem que este movimento intelectual seja acompanhado de qualquer julgamento ou apreciação valorativa; conhecimento simples, imediato, intuitivo de um objeto; ato mais simples do conhecimento, pelo qual o espírito imediatamente se apropria do objeto conhecido; ação pela qual a memória capta e retém uma série de lembranças²⁴⁶.

Feita a referida definição, impõe-se a necessidade de situá-la, também, na seara jurídica, que é objeto dos dois próximos itens (4.1.1 e 4.1.2).

4.1.1 Conceito Jurídico

Uma necessidade irrefutável no processo penal é a preservar os meios de provas e, sendo possível, tê-los incólumes, seja para posteriores utilizações na instrução, seja para que sirvam à verdade material ou para dirigir a percepção direta do juiz.

No direito português, Germano Marques da Silva²⁴⁷ destaca, ainda, que a apreensão, além de ser um meio de obtenção e conservação de provas, serve também de segurança de bens para garantir a execução, sem esquecer que, na grande maioria dos casos, esses objetos podem servir também como meios de prova.

Os autores lusitanos M. Simas Santos e M. Leal-Henriques definem a

²⁴⁵ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 189. v. 2.

²⁴⁶ Dicionário HOUAISS da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 261.

²⁴⁷ SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal**. 2ª ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1999. p. 197. v. II.

apreensão como “um acto de polícia que tem como escopo *obter prova*, protegendo, portanto, a realização do direito criminal²⁴⁸”.

Para Antonio Augusto Tolda Pinto²⁴⁹, citando a definição de Maia Gonçalves, a “apreensão é um instituto de direito processual, traduzindo-se numa medida cautelar destinada a facilitar a instrução do processo, a garantir a efectivação da perda, ou ambas as finalidades”.

Na Argentina o termo apreensão significa a idéia básica de colher ou tomar alguma pessoa ou alguma coisa, com o fim de retê-la. Tem diversas aplicações, interessando-nos o processual, sendo relacionada a expressão “apreensão” com a detenção de pessoas: consiste no ato de deter ou capturar um delinqüente ou suspeito da prática de um delito criminal²⁵⁰.

Voltando ao direito português, a apreensão de objetos deve ser distinguida do arresto preventivo e da caução econômica, previstos, respectivamente, nos artigos 228^{o251} e 227^{o252} do Código de Processo Penal. Enquanto o arresto preventivo e a caução econômica

²⁴⁸ SANTOS, M. Simas & LEAL-HENRIQUES, M. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1999. p. 902. v. I.

²⁴⁹ PINTO, Antonio Augusto Tolda. **O novo processo penal**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991. p. 265.

²⁵⁰ Aprehension. “De origem latino, este vocablo expresa la idea básica de coger o asir alguna persona o alguna cosa, para retenerla. (Del latin apprehensio, der, Del verbo apprehendere, de ad, a yprehendere, asir, tomar). En el lenguaje del Derecho procesal se emplea la expression con relación a la detención de las personas. Consiste em el acto de detener o apresar a um delincuente o sospechado de delito criminal. El Código de procedimientos criminales para la Capital Federal y Territorios Nacionales emplea el vocablo em el artículo 368 e incisos”. **Enciclopédia jurídica OMEBA**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1954. p. 742/743. t. I.

²⁵¹ Para melhor compreensão eis o teor do artigo 228º: “1. A requerimento do Ministério Público ou do lesado, pode o juiz decretar o arresto, nos termos da lei do processo civil; se tiver sido previamente fixada e não prestada caução econômica, fica o requerente dispensado da prova do fundado receio de perda da garantia patrimonial. 2. O arresto preventivo referido no número anterior pode ser decretada mesmo em relação a comerciante. 3. A oposição ao despacho que tiver decretado arresto não possui efeito suspensivo. 4. Em caso de controvérsia sobre a propriedade dos bens arrestados, pode o juiz remeter a decisão para tribunal civil, mantendo-se entretanto o arresto decretado. 5. O arresto é revogado a todo o tempo em que o argüido ou o civilmente responsável prestem a caução econômica imposta”.

²⁵² Para melhor compreensão eis o teor do artigo 227º: “1. Havendo fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento de pena pecuniária, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime, o Ministério Público requer que o argüido preste caução econômica. O requerimento indica os termos e modalidades em que deve ser prestada. 2. Havendo fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da indenização ou de outras obrigações civis derivadas do crime, o lesado pode requerer que o argüido ou o civilmente responsável prestem caução econômica, nos termos do número anterior. 3. A caução econômica prestada a requerimento do Ministério Público aproveita também ao lesado. 4. A caução econômica mantém-se distinta e autónoma relativamente à caução referida no artigo 197º e subsiste até à decisão final absolutória ou até à extinção das obrigações. Em caso de condenação são pagos pelo eu valor sucessivamente, a multa, a taxa de justiça, as custas do processo e a indenização e outras obrigações civis”.

são destinados a garantir o pagamento de pena pecuniária, da taxa de justiça, de custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime e, ainda, o pagamento de indenização ou outras obrigações civis derivadas do crime, a apreensão é destinada, especialmente, a conservar provas reais, bem como de objetos que podem ser declarados perdidos a favor do Estado, em razão do crime com que estão relacionados.

No direito processual penal brasileiro os institutos que se assemelham ao arresto preventivo e a caução econômica, são: o seqüestro de bens imóveis²⁵³ e a hipoteca legal, previstos como medidas assecuratórias, respectivamente, nos artigos 125 e 134 do Código de Processo Penal, com a finalidade de ressarcir ao lesado ou ofendido (CPP, art. 133, parágrafo único e art. 134), as despesas processuais e as penas pecuniárias (CPP, art. 140).

É notório que, na realidade do processo penal brasileiro, é por meio da apreensão que se atinge o escopo já mencionado, embora, poucos especialistas e doutrinadores se preocupem em apresentar conceitos abrangentes. Além disso, nota-se certa proximidade entre os significados jurídico e etimológico do vocábulo *apreensão*. Excluindo-se o sentido filosófico, percebe-se que, em ambas as acepções, a idéia é de ato ou ação de apossamento, embora, no Direito processual, o referido ato ou ação tenha que ser recuperado²⁵⁴.

4.1.2 Apreensão

A doutrina brasileira, em geral, não conceitua a apreensão apartada da busca. A apreensão, para a grande maioria, é vista tão só como finalidade da busca²⁵⁵. Não parece correta esta unidade de ligação com a busca, haja vista que a apreensão pode ser

²⁵³ O artigo 132 do CPP admite seqüestro de móveis, na hipótese de não ser cabível a busca e a apreensão.

²⁵⁴ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 189, v. 2.

²⁵⁵ Neste sentido: SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2ª ed., rev. e aum., São Paulo: Magalhães, 1930; FRANCO, Ary Azevedo. **Código de processo penal**. 5. ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Forense, 1954. v. 1; FARIA, Antonio Bento de. **Código de processo penal**. 2. ed. atual., Rio de Janeiro, Record, 1960. v. 1; MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1965. v. 2; NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Curso completo de processo penal**, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1991; e GREGO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, São Paulo: Saraiva, 1991.

coercitiva (aqui sim originada em busca), ou espontânea, no caso de livre apresentação ou exibição.

É cediço que, não raras vezes, encontra-se confusão entre conceito, natureza jurídica e a finalidade, levando-se em conta, também, que se dispensa um tratamento uno e equivocado à busca e apreensão. Conforme alguns autores, como Vicente de Paulo Azevedo²⁵⁶, afirma-se que apreensão consiste na “tomada, ação de prender, tomar, desapossar, em virtude de ordem ou decisão judicial”, enquanto outros argumentam que é “tomadia conservatória, preventiva ou incidental, de coisas ou de pessoas, do poder de quem as retém, ou detém, para fins penais, ou processuais penais²⁵⁷”. No vocabulário jurídico de Plácido e Silva²⁵⁸ encontra-se o seguinte conceito – que se mostra incompleto porque ignora, por exemplo, a apreensão de pessoas vítimas de crime: “a ação ou efeito de se tirar de alguém, ou tomar de outrem, coisa que se encontrava em abandono. Pela apreensão, a coisa sai do lugar em que se encontra, para ser colocada em mãos e posse de quem a apreendeu, ou em local diferente”.

Há outros que indicam a apreensão como “tomada formalizada de coisa ou pessoa, vinculável a uma lide, no caso, penal. É, geralmente o escopo da ‘busca’ profícua²⁵⁹ e, ainda, “tomada de coisa ou retenção de pessoas, uma e outra determinadas, e outrossim, de qualquer modo relacionados com o fato criminoso investigado^{260 261}”.

²⁵⁶ AZEVEDO, Vicente de Paulo. Das buscas e apreensões. *Justitia*, 1(1): 13-9, setembro/outubro. 1939.

²⁵⁷ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Sigilo nas comunicações – aspecto processual penal. *Boletim do instituto brasileiro de ciências criminais*. São Paulo, n. 49(4):8, dez 1996.

²⁵⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1967. p. 137. v. I.

²⁵⁹ GRASSI, Roberto Joacir. Busca e apreensão (processo penal). *Enciclopédia saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 305. v. 12.

²⁶⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 249.

²⁶¹ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 1999. p. 190-191. v. 2. argumentando diz “... Observe-se, porém, que vincular a apreensão ‘com a lide penal’ não exhibe toda a verdade. Há que se atentar para a controvertida existência de lide, no processo penal; e, também, porquanto muitas vezes, não decorre a ação penal condenatória, pela impossibilidade de se determinar a autoria do delito” e, continua em nota de rodapé dizendo “... Ressalte-se, aqui a impontualidade em afirmar existir lide penal. O processo penal não se volta à justa composição de um litígio, ou sua solução. Assim, a moderna doutrina passou a afirmar ora a inexistência de lide penal, ora a irrelevância do conceito, para o processo penal. Note-se, inclusive, que os autores da teoria geral do processo, reconhecendo o debate acadêmico, dizem: ‘Existe na doutrina forte tendência e negar a ocorrência de *lide* no processo penal, o qual seria, conseqüentemente, um processo sem parte. Argumenta-se com o fato de que não haveria dois interesses em

Realizadas essas observações iniciais, pode-se então conceituar apreensão como:

Ato processual penal, subjetivamente complexo, de apossamento, remoção e guarda de coisas – objetos, papéis ou documentos –, de semoventes e de pessoas ‘do poder de quem as retém ou detém’, tornando-as indisponíveis, ou as colocando sob custódia, enquanto importarem à instrução criminal ou ao processo. A apreensão pode ser coercitiva – originária em busca –, ou espontânea – livre apresentação ou exibição –. Implica, sempre, constrição²⁶².

Podemos, então, conceituar a apreensão como ato do processo penal, que objetiva a constrição, em geral coercitiva, de coisas, semoventes ou pessoas, de quem as retém ou detém, a fim de auxiliar na instrução da causa.

Referiu-se, há pouco, à confusão praticada em relação ao conceito, à natureza jurídica e à finalidade da apreensão. Nas linhas que seguem, a título de esclarecimento, procura-se conhecer melhores as situações em que se cometem tais enganos e, em consequência, as práticas consentâneas com a Constituição vigente e o Código de Processo Penal, que tornam mais claras a doutrina e a finalidade da natureza jurídica, bem como da apreensão, já que se abordou o quesito conceito jurídico.

4.1.3 Natureza jurídica

Torna-se necessário reconhecer que, no caso da apreensão, as dificuldades nos campos doutrinário e legislativo são bem mais acentuadas do que já foi demonstrado no caso da busca e, adiante-se, essa realidade origina-se de dois fatores: o primeiro consiste no tratamento unitário dos institutos; o segundo resulta do dissenso doutrinário da

conflito, mas dois diversos modos de apreciar um único interesse, porque o interesse do Ministério Público é o de que se faça justiça, sendo a sua posição imparcial. Tal afirmação, levada a suas últimas consequências, por aqueles que entendem inexistir processo quando não há lide, implicaria concluir que não há *processo* penal, mas procedimento administrativo. No tocante à exposição acima, quem afirmar a existência de lide penal dirá que a ação penal se destina à sua ‘justa composição’ e que aquela ora se caracteriza como lide por pretensão contestada (réu que opõe resistência a pretensão punitiva, defendendo-se) e ora como lide por pretensão meramente insatisfeita (*nulla poena sine iudicio*). [...] No âmbito da jurisdição penal, entretanto, ‘não se verifica litigiosidade no conflito de interesses submetido à apreciação judicial, não se pode falar em, apenas, possibilidade do contraditório, mas sim, em contraditoriedade real’. [...] Tais idéias implicam recusar a imagem, defendida por Carnelutti, de pretensão resistida, ou insatisfeita; ou melhor, das denominadas pretensões punitiva e executória. Importam, também em arredar a figura de um processo de partes; tolerando-se que existam, tão só, em sentido formal, ou operacional”.

²⁶² PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. *op. cit.* p. 192.

classificação²⁶³.

Há autores que, sabe-se, têm-na como coação processual penal lícita. Assim, Espínola Filho²⁶⁴ assevera que busca e apreensão “é um meio coercitivo, pelo qual é, por lei, utilizada a força do Estado para apossar-se de elemento de prova, de objetos a confiscar, ou da pessoa culpada, ou para investigar os vestígios de um crime”. Outros indicam-na como meio de prova, como Germano Marques da Silva²⁶⁵ que afirma: “apreensão não é apenas um meio de obtenção e conservação de prova, mas também, de segurança de bens para garantir a execução, embora na grande maioria dos casos esses objetos sirvam também, como meio de prova”. Há os que dizem ser instrumentos de obtenção de prova, assim Rogério Lauria Tucci²⁶⁶ sustenta que:

Trata-se, portanto, em nosso direito processual penal, de meio de obtenção de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios.

Há, ainda, os que a apontam como medida cautelar, como José Frederico Marques²⁶⁷, para quem a busca e a apreensão:

Consistem em procedimento cautelar destinado a formar o corpo do delito e sobretudo o *corpus instrumentorum* do fato delituoso, mediante atos de coação da polícia judiciária. A busca e a apreensão constituem providências cautelares para garantir a produção de provas referentes aos vestígios do crime. Trata-se de medida cautelar, realizada normalmente na fase de investigação, e muitas vezes no momento mesmo da prática delituosa ou logo após em decorrência de perseguição ao autor do crime. Dada a natureza de providência cautelar exigem-se os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*.

O mesmo entendimento (medida cautelar) tem Ada Pellegrini Grinover²⁶⁸.

Chame-se a atenção para o fato de que esse entendimento, em razão da dificuldade em identificar os clássicos requisitos de cautelar, deve ser revisto, segundo

²⁶³ PITOMBO, Cleunice A Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 192. v. 2.

²⁶⁴ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. p. 175. v. 2.

²⁶⁵ SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Lisboa: Verbo, 1993. p. 169. v. 2.

²⁶⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Busca e apreensão (direito processual penal)**. *Revista dos tribunais*. São Paulo: RT, 515(67). p. 288, setembro 1978.

²⁶⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1965. p. 312-317. v. 2.

²⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **As nulidades do processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 138.

Cleunice A. Valentin Bastos Pitombo²⁶⁹.

No Código de Processo Penal brasileiro, o instituto da apreensão encontra-se no Livro I (“Do Processo em Geral”, Título VII – “Da Prova” –, nomeadamente no derradeiro Capítulo, de número XI). Verifica-se, de plano, que a topografia não lhe favorece o entendimento. O Código de Processo Penal português cuida do mesmo assunto no Título III (“Dos meios de obtenção de prova”, Capítulo III – “Da apreensão” – artigos 178 a 185). Igual procedimento tomou o legislador italiano, ao tratá-lo no Título III (“Mezzi de ricerca della prova”, Capítulo III – “A Disciplina” – artigos 253 a 265). No caso argentino, o instituto é regulado no Título III (“Meios de Prova”, Capítulo III, a regula, artigos 321 a 233). Como se pode notar, nenhuma das codificações colocou-o no capítulo das medidas cautelares.

Não restam dúvidas de que a apreensão opera, algumas vezes, como forma de assegurar os elementos materiais do corpo do delito, permitindo depreender-se certa natureza cautelar, pois, por meio dela, preserva-se o que se apreendeu no interesse da persecução penal²⁷⁰.

É imperioso apontar, no entanto, que o ato processual de apossamento, por igual, não tem como fim direto e precípua preservar bens com o fito de satisfazer eventual reparação do dano, o que torna difícil sua inserção na categoria de cautelar real, à maneira como hoje é identificada na doutrina. Mais uma vez mencione-se que os estudos relativos à cautelaridade andam a passos lentos, pois há preocupação maior dos doutrinadores em focar as cautelares consideradas pessoais, pondo-se de lado as denominadas cautelares reais²⁷¹.

É importante notar que os estudos sobre estrutura e função da tutela cautelar no processo penal mostram-se pouco convincentes, embora no direito processual civil apresentem-se em maior número. É muito difícil, no entanto, encontrar pontos consensuais, tornando o seu aproveitamento para o processo penal limitado, o que se explica pela

²⁶⁹ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 194. v. 2.

²⁷⁰ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. *op. cit.* p. 198.

²⁷¹ Neste sentido: GREGO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 162.

dificuldade e quase impossibilidade de transposição dos conceitos do processo civil para o penal²⁷².

Exemplificando ainda os conflitos dos doutrinadores em torno das cautelares, nota-se que de um lado, afirma-se a existência no processo penal de ação e processo cautelar²⁷³ e, de outro, indica-se que a cautelaridade processual penal apenas surge, exclusiva e unicamente, como provimento cautelar²⁷⁴, ou ainda, como medida²⁷⁵. Esse último entendimento parece melhor coadunar-se com o processo penal.

De resto, é possível apontar certa uniformidade apenas no que concerne à existência de duas modalidades de cautelares: as pessoais e as reais. Torna-se mais útil não classificar a apreensão como medida cautelar, salvo se a figura ou o modelo da cautelaridade processual penal distanciar-se muito do civil ou, então, vê-la apenas, por um de seus aspectos: assecuratório de elementos da prova²⁷⁶. Conforme os ensinamentos de Giuseppe e Lucca²⁷⁷, observa-se que:

A apreensão não só se reveste das características de medida cautelar, mas, também, não se pode dizer que desenvolve função, tipicamente, cautelar [...]; a função cautelar pode ser, portanto, eventual, mas, não é caráter orgânico e indefectível da apreensão [...]; há a função cautelar na apreensão do corpo do delito, realizada pela polícia judiciária. Em tal caso, não desponta dúvida de que a conservação da prova tem o escopo de preservá-la de alterações ou destruição, que possam comprometer a indagação dos órgãos judiciários.

Em suma, a apreensão, no processo penal, apresenta natureza jurídica variada, multifacetada, e sua classificação une-se à função que se lhe destinar, sendo, portanto, cautelar meio de prova e, ainda, meio de obter prova, o que possibilita acompanhar o pensamento de Germano Marques²⁷⁸, conforme tivemos oportunidade de ver no item 2.1.2, do capítulo II retro (meios de prova e meios de obtenção de prova).

²⁷² PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 200. v. 2.

²⁷³ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

²⁷⁴ FIETTA, G. **I provvedimenti cautelari nel processo penale**. Napoli, 1940.

²⁷⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. Tese para concurso de professor titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1993. p. 19, nota 18.

²⁷⁶ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. *op.cit.* p. 200. v. 2.

²⁷⁷ LUCCA, Giuseppe. **Lineamenti della tutela cautelare penale** – la carcerazione preventive. Padova: Cedam, 1953. p. 183-184.

²⁷⁸ SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Lisboa: Verbo, 1993. p. 163. v. 2.

Considerando o que já foi visto até o momento e, concordando com Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo²⁷⁹, pode-se concluir que:

O ato de apreender pode conduzir a guardar e conservar elementos sensíveis da infração penal. Às vezes, traz consigo indícios, muito embora tal fato jamais baste para lhe dar exclusiva natureza de meio de prova. O apossamento de prova material não lhe esgota a essência, também. A eventual necessidade de apreender-se, com urgência, coisa ou pessoa, de igual modo, não autoriza, só por isso classificar a apreensão qual medida cautelar.

Por tais motivos, pode-se afirmar que a apreensão, no Brasil, não tem única natureza jurídica, conforme assevera Vicente Greco Filho²⁸⁰:

Observe-se, ainda, que a expressão ‘busca e apreensão’ é equivocada na linguagem jurídica. É utilizada para o procedimento cautelar agora tratado, para a ação definitiva acima apontada – busca e apreensão de menor, cuja guarda já estava definida – para a medida executiva que concretiza a execução para entrega de coisa móvel, para o ato que executa a exibição de documento ou coisa e é a denominação da ação de retomada da coisa dada em alienação fiduciária, em favor da instituição financeira ou do credor.

No mesmo tom manifesta-se Ovídio A. Batista da Silva²⁸¹, ao ensinar que:

Existem, no Direito brasileiro, pelo menos seis espécies de *busca e apreensão*, delas sendo cautelar apenas uma. Disso decorre a extrema necessidade de guardar-se a maior atenção quando examinam as hipóteses ocorrentes, pois a cada espécie, como é natural, correspondem pressupostos, finalidades e eficácia peculiares.

4.1.4 Finalidade

Sabe-se que a apreensão serve ou atende ao Direito Administrativo, ao Direito penal e ao Direito processual (penal e civil) e a sua finalidade exsurge distinta da busca.

A doutrina expõe que a apreensão favorece ao Direito Administrativo²⁸², enquanto protege pessoas vítimas de crime, e ao Direito Penal²⁸³, quando assegura eventual perda de bens, como efeito da condenação, o contingente confisco especial²⁸⁴, bem como ao

²⁷⁹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 202. v. 2.

²⁸⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 179.

²⁸¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 327.

²⁸² TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. 9ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 471.

²⁸³ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. p. 1015. t. 3.

²⁸⁴ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Do seqüestro no processo penal brasileiro**. São Paulo: José Bushasky, 1973. p. 73-74. Anterior, portanto, à reforma da parte geral do Código Penal. Hoje não existe medida de segurança patrimonial. Na prática, contudo, parece difícil aceitar a revogação do artigo 779 do Código de Processo Penal, Júlio Fabbrini Mirabete assim comenta este dispositivo: “Prevê o art. 100 do Código Penal o confisco dos instrumentos e produtos do crime, desde que consistissem em coisas cujo fabrico, alienação, uso,

Processo Penal²⁸⁵, quando obtém e conserva elementos de prova, propiciando o aproveitamento do exame de corpo de delito, ou outro elemento e mais perícias; ou diverso meio de prova, tanto que importe esclarecimento da verdade criminal e, por fim, ao operar como trâmite de outra medida²⁸⁶. No tocante às perícias é oportuno lembrar que, no sistema brasileiro, elas são levadas a efeito como exame, vistoria ou avaliação²⁸⁷.

Paola Balducci²⁸⁸ afirma que a apreensão tem finalidade preventiva e conservatória, uma vez que tem como objetivo conservar o corpo do delito e as coisas pertinentes ao crime. Franco Cordeiro²⁸⁹ assevera que a apreensão: “É instrumento polivalente com características de cautela instrutória, porque assegura materiais úteis à decisão sobre o fato e, de ato aquisitivo de provas. Possui, ainda, dupla finalidade: 1ª) impedir os efeitos do delito e, 2ª) assegurar possíveis provas, para a persecução penal.”

Lembre-se, porém, que a apreensão se mostra instrumental e temporária, porquanto dura enquanto importar à persecução penal.

Enfim, a finalidade da apreensão é retirar pessoas e coisas do poder de quem as detém ou retém, guardando-as e protegendo-as. A guarda, nesse caso, volta-se ao intento probatório²⁹⁰.

Entende-se que seja necessário apresentar, agora, o que consta do Código de Processo Penal como suscetível de apreensão e, também, realizar comparações entre o código brasileiro e o português, propiciando uma visão de onde se extraíam conclusões justas a

porte ou detenção constitui fato ilícito embora não apurada a autoria. O dispositivo não foi reproduzido na nova parte geral do Código. Assim, permite-se, na hipótese, a apreensão de tais objetos, que não podem ser devolvidos ao proprietário quando não detém a autorização legal para a fabricação, alienação, uso, porte ou detenção”. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 1540. Para maiores esclarecimentos vide, parte IV, item 4.2, que comenta o artigo 119 do Código de Processo Penal brasileiro.

²⁸⁵ ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Atualizado por SILVA, José Geraldo e LAVORENTI, Wilson. Campinas: Broohseller, 2000. p. 246. v. III. MARQUES, José Frederico, **Elementos de direito processual penal**. Rev e Atualizada por FERRARI, Eduardo Reali. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 374. v. II.

²⁸⁶ PITOMBO, Cleunice A.Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 204-205. v. 2.

²⁸⁷ Conforme artigo 420 do Código de Processo Penal brasileiro.

²⁸⁸ BALDUCCI, Paola. **Il sequestro preventivo nel processo penale**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1991. p. 59.

²⁸⁹ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1992. p. 702.

²⁹⁰ PITOMBO, Cleunice A.Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 206. v. 2.

respeito da aplicabilidade e evolução de um e outro, favorecendo assim, a percepção das situações em que se encontram omissões e falta de clareza.

4.1.5 Apreensão no direito brasileiro e português

No caso brasileiro, o texto que regula a doutrina acerca da apreensão consta do artigo 240, § 1º, letras *b* a *f*, onde, atente-se bem, o tema em questão vem associado a outro, o da busca, o que já permite dizer que nosso Código, datado de 1941, ainda não evoluiu no sentido de criar-se uma doutrina mais específica, que contemple o assunto de uma forma mais isolada, o que resultaria em menos confusão. Pode-se, então, ler no texto, *in verbis*:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.
 § 1º. Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:
 (...)

- 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 a elucidação do fato;

 (...).

Portanto, são apreendidas coisas achadas ou conseguidas por meios criminosos; instrumentos de falsificação ou contrafação e objetos falsificados e contrafeitos; armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinado a fim delituoso; cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando se suspeita de que conhecer seu conteúdo possa ser útil na solução do fato que se tem como delituoso e, também, pessoas vítimas de crimes; tudo, em suma, que se relacione com a *persecutis criminis*.

O Código de Processo Penal de Portugal, tal qual o brasileiro, impõe que se apreendam “os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime, os que constituírem o seu produto, lucro, preço ou recompensa, e bem assim os que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros susceptíveis de

servir à prova”, ao que acrescenta Marques Ferreira²⁹¹: que as apreensões são autorizadas ou ordenadas por despacho da autoridade judiciária, salvo quando ocorrem no decurso de buscas ou revistas²⁹².

Importante a contribuição de Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo²⁹³ quando classifica as coisas insuscetíveis de apreensão, em três modalidades: a) coisas que, normalmente, delas ninguém se apropria; b) palavras proferidas; c) coisas móveis intransportáveis; coisas que surgem cercadas de normas especiais, também em três modalidades: a) coisas precíveis; b) perigosas, em si; c) papéis e documentos: correspondência ou documento sigiloso. Assim, há “coisas” que, por sua natureza, embora sirvam ao processo, não são apreendidas, como o sangue, a saliva, o esperma, o pêlo e a impressão digital que são submetidos à colheita (artigo 6º, nº III e artigo 240, § 1º, letra *h* do CPP). Se a colheita não for realizada por técnicos habilitados, terá por consequência sua inutilidade para a instrução processual. Por tais motivos, o legislador determinou, no artigo

²⁹¹ FERREIRA, Marques. Meios de provas. **Jornadas de direito processual** – Centro de Estudos Jurídicos. Coimbra: Almedina, 1988. p. 268.

²⁹² PIMENTA, José da Costa. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991. p. 465-466, expõe que: “Objectos que podem ser apreendidos (nº 1): através da apreensão determina-se a indisponibilidade da coisa. Trata-se, naturalmente, de coisas *móveis* (cfr. nº 2), como se depreende da palavra *objecto*. Indiferente é que a coisa esteja ou não fora do comércio jurídico. Pode-se conseqüentemente, ordenar-se a apreensão de um cadáver ou de uma parte separado do mesmo. Há de tratar-se de coisa *material*, corpórea. [...] Os objectos susceptíveis de apreensão arrumam-se em *três grupos*: 1) os que tiverem servido ou se destinassem a servir a prática do crime – os instrumentos; 2) os que constituírem o produto do crime, o lucro, preço ou recompensa – os frutos do crime; 3) os que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou outros susceptíveis de servir de prova – os meios de prova.

1) Guarda dos objetos apreendidos (nº 2): sendo isso possível, os objectos apreendidos são *juntos ao processo*. Na prática, essa possibilidade raramente se dá. [...] Assim, os objectos são confiados ao *funcionário* de justiça adstrito ao processo, quando devam ser guardados *em tribunal*. Pode, no entanto, a autoridade judiciária nomear um *fidel depositário*, nomeadamente quando o objecto apreendido não possa ou não deva ser guardado em tribunal. O depositário pode ser, naturalmente, a pessoa que possui ou detém o objecto.

2) Competência (nº 3): apenas a *autoridade judiciária* (artigo 1º, nº 1, al. *b*) – e não também, por exemplo, a autoridade de polícia criminal (cfr. artigo 1º, nº 1, al. *d*), tem competência para ordenar ou autorizar a apreensão. Em *regra*, a autorização ou ordem constituem, portanto, o pressuposto formal da apreensão. [...] *Excepcionalmente*, podem os órgãos de polícia criminal, por si, apreender objectos, quando efectuem revistas ou buscas nos termos dos artigos 174º, nº 4, ou 177º, nº 2.

3) Documentação: a apreensão de objectos terá, naturalmente, de ser *documentada*. Assim, lavrar-se-á o respectivo auto, segundo a forma e os requisitos constantes dos artigos 94º e 99º, entre os quais nunca podem faltar a indicação do lugar, e do tempo, bem como a descrição dos objectos apreendidos.

4) Violação: a inobservância ou violação dos dispostos neste artigo constitui mera *irregularidade* (artigo 118º, nº 2), com o regime previsto no artigo 123º, de que não caberá recurso.

²⁹³ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 208. v. 2.

6º, n. 1, do Código de Processo Penal Português, a preservação do local do crime.

Continuando com a exemplificação de coisas não apreendidas, têm-se as palavras ditas, pois, tecnicamente, não se pode “tomá-las com as mãos”, ou segurá-las, mas, quando se dá às palavras um suporte material, gravando-as ou, reduzindo-as a termo, podem ingressar no processo, já que, de alguma forma, foram colhidas. Vincenzo Manzini²⁹⁴, por analogia, esclarece que, nesse ponto, as comunicações telefônicas não são apreendidas, pois consistem em forma especial de coerção real.

Com o advento da Constituição, muito se discutiu acerca do assunto, já que, no texto constitucional, há a permissão à interceptação da comunicação telefônica, porém “na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal, ou instrução criminal” (artigo 5º, inciso XII), e a possível captação das comunicações telefônicas goza hoje de maior interesse graças à edição da lei 9.296, de 24 de julho de 1996, que regula a interceptação telefônica de qualquer natureza²⁹⁵.

Ada Pellegrini Grinover *et al*²⁹⁶ comenta que, ao cuidar das interceptações telefônicas, “a doutrina enquadra-as na coação processual *in re* e as considera meio de *apreensão imprópria*, no sentido de por elas se apreenderem os elementos que formam à conversa telefônica”. Não obstante a discussão sobre a possibilidade ou não de se apreenderem as palavras, há que ser observada a garantia constitucional do sigilo das comunicações (artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República).

No direito português, merece transcrição o seguinte comentário de Germano Marques da Silva²⁹⁷, a respeito do dispositivo legal sobre interceptação telefônica²⁹⁸:

Se o juiz considerar os elementos recolhidos relevantes para a prova, fá-los-á juntar ao processo; caso contrário ordena a sua destruição. Este acto do juiz é da maior importância. O juiz verificará da relevância dos elementos recolhidos para a prova e só nesse caso os fará juntar ao processo, com isso pretende-se obstar os elementos

²⁹⁴ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho processal penal**. Trad. Santiago Sentis Melindo e Marino Ayna Ridin. Chile/Bueno Aires: Ejea, 1952. p. 542. v. 3.

²⁹⁵ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. *op. cit.* p. 208-209.

²⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6ª ed. São Paulo: RT, 1997. p. 142.

²⁹⁷ SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Lisboa: Verbo, 1993. p. 176. v. 2.

²⁹⁸ É certo que a interceptação telefônica não é o objeto desse trabalho

que não revelam para o *thema decidendum* seja objecto de divulgação.

Melhor seria, portanto, que a denominada captação da conversa telefônica fosse inserida na modalidade de coisas que não admitem a apreensão, mas que podem ser colhidas ou recolhidas. Só após a transcrição da conversa poder-se-ia efetuar a apreensão.

A terceira modalidade – coisas móveis intransponíveis –, pode ocorrer quando determinado objeto, por natureza apto a apreensão e que tenha manifesto interesse e utilidade no processo, encontre-se em lugar inacessível, sendo impossível o ato de apossar, ou quando, pela natureza do objeto a ser apreendido, seu transporte se mostre impossível. Nessas duas hipóteses, inobstante a possibilidade de aproveitamento de tais coisas e objetos, não há o efetivo deslocamento. Nesse caso, configura-se outra espécie de apreensão, pois lhe falta um de seus pressupostos: o deslocamento. Para que a apreensão se efetive, mesmo quando se destinar à realização de corpo de delito, pode-se efetuar a apreensão, se for possível deslocar pequena quantidade, ou amostragem, do que se encontrou.

Nesse sentido pensou o legislador ao estabelecer, no artigo 40º, § 2º, da Lei 6.368/76: “Quando se tratar de plantação que torne difícil o transporte [...] a autoridade policial recolherá quantidade suficiente para exame pericial destruindo o restante”. Aqui não cabe controvérsia quanto ao fato de que a plantação constitui-se num bem imóvel, sendo, assim, insuscetível de apreensão (artigo 43, número 1, do Código Civil). O artigo 47 do Código Civil revogado considerava as plantações como coisas móveis, por antecipação. De modo diverso, o atual Código Civil, em seu artigo 79, considera as plantações como bens imóveis²⁹⁹. Um exemplo dado por Cleunice A. Valentin Bastos Pitombo³⁰⁰ é que na lesão corporal, o projétil pode estar alojado em uma parte do corpo da vítima, em que se torne difícil sua extração sem grave risco.

Nos três itens subsequentes (4.1.5.1, 4.1.5.2 e 4.1.5.3), discorrem-se sobre

²⁹⁹ O Código Civil entrou em vigor em 10.01.2003. Para melhor compreensão: “Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quando se lhe incorporar natural ou artificialmente”.

³⁰⁰ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 210. v. 2.

as três modalidades de apreensão cercadas de normas especiais

4.1.5.1 Apreensão de coisas perecíveis

A referência no Código de Processo Penal brasileiro às coisas perecíveis é encontrada, tão somente, no capítulo “Da restituição das coisas apreendidas”, onde se determina: “A restituição quando cabível poderá ser ordenada pela autoridade policial ou juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito de reclamante” (artigo 120, caput, do Código de Processo Penal). Então, tratando-se de coisas facilmente deterioráveis, serão avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado, ou entregues ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade (artigo 120, § 5º, do Código de Processo Penal). Vê-se que o preceito legal mostra-se deficiente.

No direito Português, o legislador também não se preocupou em estabelecer regras para apreensão de perecíveis: “se a apreensão respeitar as coisas perecíveis ou perigosas, a autoridade judiciária pode ordenar, conforme os casos, a sua venda, destruição ou afectação a finalidade socialmente útil” (artigo 185º do Código de Processo Penal).

No Código de Processo Penal brasileiro, observa-se que não existe comando normativo que esclareça e exemplifique o modo de apreender e conservar os perecíveis, além de que os dispositivos legais invocados mostram-se ineficientes. Portanto, se se trata de coisa facilmente deteriorável sobre a qual haja interesse para a instrução do processo, deve-se, de plano, realizar perícia, seja o exame, seja a avaliação. Feito isso, deve-se devolvê-la ao legítimo titular³⁰¹.

³⁰¹ Perante o Congresso Nacional transitou, ao menos, dois projetos de lei, tendo como objetivo regulamentar o uso de bens apreendidos. O primeiro é o projeto de Lei 1.459-A, de autoria do Deputado Laprovita Vieira, que dispõe sobre: “Acesso e uso, pelas polícias federal, civil e militares, dos veículos furtados e roubados, quando resgatados em ações de policiamento preventiva ou ostensivo e não procurados oportunamente pelos respectivos proprietários. Propõe-se que: os veículos roubados que, decorridos dois anos de seu resgate em ações de policiamento preventivo ou ostensivo, não forem procurados pelos legítimos proprietários, serão incluídos no patrimônio do órgão que efetuou a apreensão (artigo 1º do projeto em análise)”. O segundo é o projeto de Lei 3.083 de 1997, de autoria do Deputado Serafin Venzon, que dispõe “sobre os veículos apreendidos em razão do

Necessária se torna uma última observação a respeito do tema acima (que se relaciona com a lei número 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), diante da necessidade de disciplinar a matéria acerca das sanções penais e administrativas derivadas de condutas que lesam o meio ambiente. No artigo 25, §§ 2º e 3º, da lei mencionada Lê-se:

Tratando-se de produtos perecíveis ou madeiras, serão estes avaliados e doados a instituições científicas, hospitalares, penais e outras com fins beneficentes” e “os produtos e subprodutos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais.

4.1.5.2 Apreensão de coisas perigosas

No que toca à apreensão de coisas tidas como perigosas, entre as quais, explosivos, materiais radiativos, gases tóxicos, armas e munições, exsurtem necessárias normas específicas sobre a forma de proceder ao “apossamento”, guarda, vigilância e eventual destruição, já que seria inaceitável pôr-se em risco a segurança da coletividade na apreensão e guarda de coisas perigosas. Inobstante isso, não há, no Código de Processo Penal nacional, qualquer preceito sobre a matéria. O legislador português, diferentemente, tratou das coisas perigosas juntamente com as coisas perecíveis e deterioráveis, no artigo 185º, *verbis*:

Se a apreensão respeitar a coisas perecíveis, perigosas ou deterioráveis, a autoridade judiciária pode ordenar, conforme os casos, a sua venda ou afectação a finalidade socialmente útil, destruição, ou as medidas de conservação ou manutenção necessárias.

O que se encontra a respeito está na Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006,

transporte de carga ilegal, excluídos os apreendidos em razão do tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins”. O artigo 1º estabelece: “Todo veículo terrestre, aéreo ou aquático regularmente apreendido em decorrência de transporte de carga ilegal, e ao qual tenha sido aplicada a pena de perdimento em decisão final administrativa, poderá ser adjudicado a instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos ou a hospitais ou postos de saúde da rede pública, ainda que em litígio esteja pendente de apreciação judicial, ressalvados os eventuais direitos do lesado ou de terceiros de boa-fé após o trânsito em julgado da decisão judicial”. Ambos os projetos preocupavam com a demora nas decisões sobre o destino de coisas de fácil deterioração, porém, não enfrentam, com pontualidade, o problema do destino dos bens apreendidos que necessitam de melhor regulamentação. Contudo os dois projetos foram, infelizmente, arquivados. O primeiro, por força do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, segundo o qual uma proposição só não será arquivada ao final da encaminhada. No caso desse projeto de lei, a CCJR não se pronunciou. Também não foi solicitado o desarquivamento desse projeto de lei no início da legislatura seguinte, conforme o mesmo artigo 105 do Regimento Interno. O segundo porque recebeu parecer contrário da Comissão de Finanças e Tributação, que o considerou inadequado financeiramente. Conforme informação prestada pela Central de Atendimento/CEDI, **Central de Atendimento – CEATE – Centro de Documentação e Informação** – CEDI, fevereiro de 2003, disponível em: ceate.cedi@camara.gov.br. Acesso em 17 fev. 2003.

que expressa disposição legal no artigo 32, *caput*, determinando que se recolha (apreensão) quantidade suficiente para exame pericial, destruindo o restante, de tudo lavrando termo. Já a lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, em seu art. 25, *caput*, dispõe que: “Armas de fogo, acessórios ou munições apreendidos serão, após a elaboração do laudo pericial e sua juntada nos autos, encaminhados pelo juiz competente, quando não mais interessarem a persecução penal, ao comando do Exército, para destruição, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas”, de onde se depreende que tal disposição não resolve, por completo, a questão da posse e guarda de coisas perigosas, limitando-se apenas, como se vê à tentativa de solucionar o problema específico das armas de fogo. Cleunice A. Valentin Bastos Pitombo³⁰² conclui que seria melhor, com base técnico-científica, que se elaborassem regras para a apreensão, guarda, quando úteis à persecução penal, e para a conservação.

4.1.5.3 Apreensão de documentos e papéis

Focando agora o tema da apreensão de documentos e de papéis³⁰³, adiante-se em dizer que merece cuidados especiais, pois há documentos públicos e/ou particulares que são resguardados pelo segredo e sigilo, motivos que levam a um “apossamento” regrado, no qual se evite expor ao conhecimento de terceiros o que se apreendeu³⁰⁴.

Todavia, no Brasil, o Decreto 2.134, de 24 de janeiro de 1997, que regula o artigo 23, da Lei 8.189, de 08 de janeiro de 1991, dispõe sobre a categoria dos documentos públicos e o acesso a eles. Além de outras providências, propiciou a instituição de comissões permanentes de acesso aos documentos, atribuindo-lhes poderes para decidir quem e quais

³⁰² PITOMBO, Cleunice A.Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 212. v. 2.

³⁰³ No Código, “consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares” (artigo 232). No Código de Processo Penal Militar, “consideram-se documento quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares” (artigo 371). Assim, documento “é símbolo, testemunho material, ou qualquer escrito, figurante de um fato ou circunstância e circunstância e tendente a comprová-los, nos limites de sua força”, conforme PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Sigilo nas comunicações – aspecto processual penal. **Boletim do instituto brasileiro de ciências criminais**. São Paulo, n. 49 (4); 08/12/1996.

³⁰⁴ PITOMBO, Cleunice A.Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 213. v. 2.

documentos poderão ser consultados, mesmo quando se trata de atender a uma ordem judicial.

Ora, o artigo 10 do referido decreto dispõe: “O acesso aos documentos sigilosos, originários de outros órgãos ou instituições, inclusive privadas, custodiadas para fins de instrução de procedimentos administrativo ou judicial, somente poderá ser autorizado pelo agente do respectivo órgão ou instituição”.

Não restam dúvidas e nem se discute a evidência quanto à necessidade de preservação do segredo e do sigilo, mas o que se torna difícil de aceitar é a atribuição, a um órgão ou agente administrativo, de poderes “autorizadores” e restritivos ao cumprimento de uma possível ordem judicial de busca e apreensão.

Com propriedade e precisão, Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo³⁰⁵ faz duas observações importantes: as cartas são papéis e não podem ser apreendidas (CF, art. 5º, inc. LVI; CPP, art. 233; CP, art. 151 e 152); na apreensão, o segredo ou sigilo ganham maior relevo do que a busca, visto que, por meio da primeira, “o que se encontrou pode ganhar divulgação”.

A mesma autora³⁰⁶ constata ainda que, na lei processual penal, não há regras específicas para a apreensão de documentos, resguardados pelo segredo e/ou sigilo e, pode-se visualizar, apenas a partir da Carta Constitucional de 1988, o aparecimento de algumas restrições, conforme se lê na Lei Fundamental, artigo 5º, inciso X e XII: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” e “é inviolável o direito ao sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e nas formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

É possível, também, analisando o Código Penal, encontrar limites para a

³⁰⁵ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *op. cit.* p. 213.

³⁰⁶ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *op. cit.* p. 214.

apreensão e, a título de exemplo, vejam-se os seguintes tipos penais: violação da correspondência (“devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem”, artigo 151 do Código Penal); divulgação de segredo (“divulgar a alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem”, artigo 153 do Código Penal); violação de segredo profissional (“revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tem consciência em função, ministério ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”, artigo 154 do Código Penal).

No que toca à apreensão de correspondência, verifica-se que a Constituição assegura o seu sigilo (artigo 5º, inciso VII) e que é crime, a violação de correspondência. O Código de Processo Penal autoriza a apreensão de “cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil a elucidação do fato” (artigo 240, § 1º, letra *f*, do Código de Processo Penal). Também a mesma disposição figura no Código de Processo Militar (artigo 185, § 1º). Cleunice A. Bastos Pitombo³⁰⁷ acentua que ambas as disposições não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

O tema “apreensão de carta e violação de seu conteúdo”, após a edição da Constituição Federal de 1988, tornou-se polêmico e confuso. O Código de Processo Penal brasileiro reconhece, na alínea acima citada, o direito de se apreender cartas destinadas ao acusado ou em seu poder, desde que haja suspeita de que seu conteúdo pode favorecer o conhecimento útil do fato criminoso. A carta pode já estar aberta ou não. De outra parte, o art. 5º, XII, da Constituição tem-se que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, *salvo, no último caso,* por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (grifo nosso). A análise literal da Constituição levou

³⁰⁷ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 214-215. v. 2.

parte da doutrina a entender que o art. 240, § 1º, alínea “f”, do Código de Processo Penal está revogado, sob o argumento de que a Constituição tornou inviolável, sem exceção, qualquer correspondência, destinada ou não a pessoas acusadas da prática de crimes.

Para esta corrente, a única hipótese de violação estaria relacionada às comunicações telefônicas, como expressamente prevê o texto constitucional. São partidários da corrente da absoluta inviolabilidade da correspondência: Júlio Fabbrini Mirabete³⁰⁸, Cleunice A. Valentin Bastos Pitombo³⁰⁹, Fernando da Costa Tourinho Filho³¹⁰, Demercián e Maluly³¹¹, Antônio Magalhães Gomes Filho³¹² e Celso Ribeiro Bastos e Yves Gandra Martins³¹³.

Outra corrente, no entanto, defende que o texto constitucional não deve ser analisado de modo irrestrito, havendo até quem sustente a inconstitucionalidade formal – por problemas concernentes ao processo legislativo de elaboração desta norma (Ada Pellegrini Grinover) – além do que direitos e garantias individuais não são absolutos, nem foram idealizados ou estabelecidos para proteger os criminosos. O sentido da norma constitucional é proteção contra os abusos **indevidos** do Estado e não para criar um escudo para dignificar o delito e seus praticantes. Nesse passo, a inviolabilidade de correspondência cederia espaço ao interesse maior, que é a garantia à segurança pública (art. 5º *caput*, Constituição Federal) e ao acerto das decisões do Poder Judiciário, evitando-se a qualquer custo, o erro (art. 5º, LXXV, da Constituição Federal).

Assim, a corrente que defende a possibilidade de violação de correspondência, caso tenha por finalidade evitar ou apurar o cometimento de crimes tem os

³⁰⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 1988. p. 309/320.

³⁰⁹ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 218. v. 2.

³¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 445. v. 1.

³¹¹ DEMERCIÁN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 288.

³¹² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 123.

³¹³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Yves Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 72. v. 1.

seguintes seguidores: Alexandre de Moraes³¹⁴, Antônio Scarance Fernandes³¹⁵, César Dario Mariano da Silva³¹⁶ e Guilherme de Souza Nucci³¹⁷.

Conforme o primeiro autor – Alexandre de Moraes:³¹⁸

A interpretação do presente inciso deve ser feita de modo a entender que a lei ou a decisão judicial poderão, excepcionalmente, estabelecer hipótese de quebra das inviolabilidades da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados, sempre visando salvaguardar o interesse público e impedir que a consagração de certas liberdades públicas possa servir de incentivo à prática de atividades ilícitas.

Antônio Scarance Fernandes³¹⁹ afirma que, para tanto, deve ser usado o princípio da proporcionalidade e cita o exemplo da violação de correspondência dos presos para impedir fuga de presídio, ou evitar o sequestro de um juiz.

Interessante, também, a seguinte citação de Marco Antônio de Barros³²⁰:

Não concordo com a manutenção da inviolabilidade quando se trata de apurar a ocorrência de um crime, notadamente se a revelação do conteúdo da correspondência ou da comunicação telegráfica for imprescindível para a revelação da verdade. Negar a realização de diligências investigatórias neste sentido, com o apóio no que afirma o dispositivo constitucional, por certo não traduz nenhum absurdo jurídico. Tal decisão certamente seria a mais cômoda, mas nem sempre a mais justa. Parece cristalino que a norma em comento tem por objetivo proteger a pessoa de bem, o cidadão comum, ou a intimidade deste retratada na correspondência ou na comunicação telegráfica. Por outra versão, não pode ser destinatário de tão acentuado direito quem tenha cometido ou seja suspeito de haver cometido um crime. Nenhuma lógica seria capaz de explicar o argumento de que inviolabilidade impede a legítima intervenção estatal. A tanto ela não chega.

Não há dúvidas de que a segunda corrente apresenta-se com maior sustentação³²¹. Como se sabe, nenhum direito ou garantia fundamental é absoluto. Até o direito à vida – principal bem jurídico protegido da pessoa – comporta violação, garantida em lei ordinária, como, por exemplo, o aborto decorrente de gestação produzida por estupro ou a

³¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 77.

³¹⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 82.

³¹⁶ SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meio ilícito e seus reflexos no âmbito do direito processual penal**. São Paulo: Leud, 1999. p. 69/71.

³¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 431.

³¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito humanos fundamentais – Teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e jurisprudência**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 145. (Coleção Temas Jurídicos, v. 3).

³¹⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 82.

³²⁰ BARROS, Marco Antônio. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 226.

³²¹ Por oportuno, cita-se o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo art. 314 § 2º confere poderes ao relator ou outra autoridade do Tribunal, designado a conduzir investigação criminal contra magistrado, para quebrar o sigilo postal, *verbis*: “Entre os poderes investigatórios do relator sorteado, do Presidente do Tribunal de Justiça, do Primeiro Vice-Presidente, ou do Corregedor-Geral da Justiça estão compreendidos os de requisitar diligências e perícias às autoridades policiais, bem como o de determinar a quebra do sigilo postal, telegráfico, telefônico, fiscal, de dados e bancário”.

morte do agressor na legítima defesa. Caso contrário, não se poderia permitir que o diretor de um presídio violasse a correspondência dirigida a um preso, ainda que se trate de plano de fuga ou que contivesse em seu interior substância entorpecente, visto que a inviolabilidade de correspondência seria taxativa, sem qualquer exceção. Portanto, verdadeiro despropósito.

Portanto, sustenta-se a tese de constitucionalidade do disposto no artigo 240, § 1º, alínea “f”, do Código de Processo Penal brasileiro. De igual sorte, defende-se que a inviolabilidade de correspondência não é absoluta, especialmente no tocante a presos.

Neste sentido é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci³²², que inclusive cita o seguinte exemplo: “mesmo que se tivesse seríssimas suspeitas de que determinada carta, recebida por pessoa acusada de crime, contivesse a solução para a apuração da autoria do delito, podendo até inocentar terceiros, não se poderia, ainda que com mandado judicial, devassar o seu conteúdo.” O autor afirma, ainda, que:

Pode-se aplicar a teoria da proporcionalidade, como sustentam alguns, mas cremos que nem é preciso que dela se use mão. Não se trata de ponderar qual bem jurídico é mais importante – se a intimidade, a inviolabilidade da correspondência e da vida privada ou a segurança pública e o interesse em punir os criminosos – mas sim de garantir a perfeita *harmonia* entre os princípios, direitos e garantias constitucionais. Um direito não deve sobrepujar outro em hipótese alguma, pois inexistente hierarquia entre eles, mormente quando todos estão previstos na Constituição Federal. Deve o aplicador da lei ajustar um ao outro, compreendendo o exato espírito da norma e seu alcance. Tivemos oportunidade de discorrer sobre o tema em nosso *Júri – princípios constitucionais*, asseverando que “se dentre os direitos e garantias individuais aparentemente houver uma antinomia, deve o intérprete, necessariamente, buscar a conciliação, conforme o caso concreto, pois não há qualquer prevalência de um sobre outro. Se algo for permitido por um princípio e vedado por outro, um dos princípios deve recuar, o que não significa ter sido considerado nulo ou revogado” (p. 301). Assim, quando a proteção constitucional da inviolabilidade de correspondência foi construída, jamais teve por fim proteger a pessoa que comete crimes, mas sim o cidadão honesto, que não merece ter sua intimidade violada pelo Estado, gratuitamente.³²³

Na jurisprudência, pode-se concluir que esta é a posição do STF: HC 70.824- São Paulo, 1ª Turma, rel. Celso de Mello, 01.03.94, v.u, DJ 24.06.1994 (RT 709/418). No caso, o STF decidiu que as cartas de presidiários podem ser violadas pela administração penitenciária, respeitando-se no art. 41, parágrafo único, da lei 7.210/84, uma vez que o sigilo epistolar não pode servir de instrumento para a salvaguarda de práticas

³²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 432.

³²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 432.

ilícitas.

Em Portugal, o Código de Processo Penal preocupou-se em regrar a apreensão de correspondência. O artigo 179º dispõe:

Sob pena de nulidade, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho a apreensão, mesmo nas estações de correios e de telecomunicações, de cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra correspondência, quando tiver fundadas razões para crer que:

- a) A correspondência foi expedida pelo suspeito ou lhe dirigida, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa;
- b) Está em causa crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos; e
- c) A diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova.

No artigo 179º, numero 2, que proíbe a “apreensão e qualquer outra forma de controle da correspondência entre o argüido e o seu defensor,” admite-se a apreensão quando o juiz tiver fundadas razões para crer que aquela constitui objeto ou elemento de um crime³²⁴.

O Ministério Público, ante a recusa do Banco em fornecer a identidade da pessoa que o vale foi pago poderia, em vez de solicitar (ao tribunal da comarca e esse ao tribunal superior, nos termos do artigo 135º, nº 2 e 3) a informação que lhe foi negada, ter procedido à apreensão do vale postal questionado, que é objecto do denunciado crime de furto, que foi o título em que terá sido feita a eventual falsificação a investigar e que terá sido o meio gerador do eventual erro ou engano astuciosamente criado pelo agente para obter junto do (Banco) o respectivo montante.³²⁵

Ainda sobre o Código de Processo Penal português, uma observação necessária diz respeito à forma vaga como a lei permite a apreensão de correspondência entre o advogado e o argüido, o que causa sérias reservas na parte que poderá colidir com o exercício integral do direito de defesa pelo que apenas excepcionalmente deverá ser autorizada, restringindo-a às hipóteses em que o defensor participe da atividade criminosa³²⁶.

Assim, no que se relaciona à reserva absoluta do juiz para ordenar ou autorizar a apreensão, já que é resultante do disposto no artigo 179º, números 1 e 3 e, artigo 269º, número 1, “b”, onde há uma dependência da verificação cumulativa dos seguintes

³²⁴ FERREIRA, Manuel Marques. Meios de provas. **Jornadas de direito processual. O novo código de processo penal** – Centro de Estudos Jurídicos. Coimbra: Almedina. p. 269, setembro/ 1997.

³²⁵ Jurisprudência: Ac. rC, de 31.1.90. p. 110. t. 1.

³²⁶ FERREIRA, Manoel Marques. Meios de prova. **Jornadas de direito processual. O novo código de processo penal** – Centro de Estudos Jurídicos. Coimbra: Almedina. p. 269, setembro/1997.

requisitos³²⁷:

- Que a correspondência tenha sido expedida pelo sujeito ou ser-lhe dirigida, mesmo sob nome diverso ou por intermédio de pessoa diversa;
- Que se trata de crime punível com pena superior a três anos de prisão;
- Que a apreensão revele grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova³²⁸.

Para além da autorização de apreensão, a lei processual também se preocupou em disciplinar normas para o apossamento. O artigo 179º, n. 3, do Código de processo Penal português é incisivo:

O juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência é a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida. Se a considerar relevante para a prova, fá-la juntar ao processo; caso contrário, restitui-a a quem de direito, não podendo ela ser utilizada como meio de prova, e fica por dever de segredo relativamente àquilo de que tiver tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova.

O legislador português também previu a hipótese de apreensão de correspondência como medida cautelar e de policia, conforme se infere do artigo 252º³²⁹. Por

³²⁷ FERREIRA, Manuel Marques. Meios de provas. *op.cit.*p. 268.

³²⁸ PIMENTA, José da Costa. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991. p. 467-468, esclarece que:

1) “Pressupostos da apreensão de correspondência nº 1): Em primeiro lugar, para que a apreensão de correspondência se possa fazer, é necessário que se verifiquem, *cumulativamente*, os pressupostos enumeradas nas várias alíneas. E, note-se que o interesse da diligência há-de ser *qualificado* (de ‘grande’). Não basta, pois, um interesse singelo. [...] Em seguida, exige-se *despacho* do juiz que, naturalmente, há-de ser *fundamentado* – embora dele não caiba recurso.

2) Reserva de decisão judicial (nº 1º): a apreensão de correspondência, nas estações de correios e telecomunicações ou fora delas só pode ser ordenada pelo *juiz* (de instrução ou julgamento) – nunca pelo Ministério Público, ou autoridade ou órgão de polícia criminal.

3) Correspondência com o defensor (nº 2º): a correspondência entre o argüido e o defensor, em regra, *não* está entre os objectos susceptíveis de apreensão ou de qualquer outra forma de controlo. [...] Em despacho fundamentado em que ela constitui objecto ou elemento de um crime, pode tal correspondência ser apreendida ou, antes disso, submetida a outro controlo.

4) Segredo de correspondência apreendida. Destino (nº 3): a entidade – nomeadamente o órgão de polícia criminal – que procede à apreensão da correspondência não deve tomar conhecimento do seu conteúdo. Essa correspondência é que apresenta *intacta* ao juiz que ordenou ou autorizou a apreensão. [...] Esse determina o destino a dar à correspondência apreendida. [...] E das duas uma: ou ela tem interesse para a prova, ou não. No primeiro caso, o juiz ordena a sua *junção* aos autos; no segundo, *devolve-a* a quem de direito. Neste último caso não pode ela ser utilizada como meio de prova.

5) Violação: a não existência de despacho judicial que autorize ou ordena a apreensão constitui, nos termos do nº 1, *nullidade*. O mesmo se diga, nos termos do nº 2, da não existência de fundamento específico para a apreensão ou controlo da correspondência entre o argüido e o seu defensor. [...] Em ambos os casos, trata-se de *nullidade relativa* (sanável), com o regime previstos nos artigos 120º e 121º”.

³²⁹ Para melhor compreensão, eis o teor do artigo 252º: “1. Nos casos em que deva proceder-se à apreensão de correspondência, os órgãos de polícia criminal transmitem-na intacta ao juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência. 2. Tratando-se de encomendas ou valores fechados susceptíveis de serem apreendidos, sempre que tiverem fundadas razões para crer que eles podem conter informações úteis à investigação de um crime ou conduzir á sua descoberta, e que podem perder-se em caso de demora, os órgãos de polícia criminal informam do

este dispositivo permite-se que os órgão de polícia criminal apreendam a correspondência, contudo, devem transmiti-la intacta ao juiz que a autorizou ou ordenou a diligência. A abertura e a análise da correspondência apreendida cabe exclusivamente ao juiz da instrução, que é, portanto, o primeiro a estabelecer contato com seu conteúdo (artigos 252º, n. 1; 179º, n. 3; 268º, n. 1, d.)).

Excepcionalmente, o juiz da instrução pode autorizar os órgãos de polícia criminal a abertura de *encomendas* ou *valores fechados* suscetíveis de serem apreendidos e que fundadamente seja de crer que contenham informações úteis à investigação de um crime ou a sua descoberta (art. 252º, n. 2).

Ainda excepcionalmente, observadas as condições acima, os órgãos de polícia criminal podem determinar a suspensão da remessa de correspondência nas estações de correio e de telecomunicações, mas apenas nas hipóteses em que ao juiz da instrução é permitido autorizar a abertura de encomendas ou valores fechados. Esta suspensão fica, contudo, sujeita a convalidação judicial, que deverá ocorrer, no prazo de quarenta e oito horas, sem o que a correspondência será encaminhada ao destinatário (art. 252º, n. 3).

Voltando ao direito brasileiro, Rogério Lauria Tucci, antes do advento da Constituição de 1988, ressaltava a importância da assecuração do sigilo e³³⁰:

Para atalhar, desde logo, qualquer dúvida a este respeito, bastará lembrar que em todos os crimes contra a inviolabilidade de correspondência (Código Penal, artigo 151, seus §§ e incisos) há um elemento valorativo incluído na própria definição: “indevidamente”. Em outras palavras, só comete crime contra a inviolabilidade da correspondência quem indevidamente a devasse, dela se apossa etc. Se, portanto, a lei permite a apreensão de cartas e, conseqüentemente, a leitura delas e sua juntada aos autos, não há que dizer que age indevidamente quem as apreendeu, pouco importando, ademais, que elas estejam abertas ou fechadas.

No que diz respeito à apreensão de documentos sob sigilo profissional, por força do texto constitucional, o sigilo há de ser preservado. Neste sentido discorre em nota de

facto, pelo meio mais rápido, o juiz, o qual pode autorizar a sua abertura imediata. 3. Verificadas as razões referidas no número anterior, os órgãos de polícia criminal podem ordenar a suspensão da remessa de qualquer correspondência nas estações de correios e de telecomunicações. Se, no prazo de quarenta e oito horas, a ordem não for convalidada por despacho fundamentado do juiz, a correspondência é remetida ao destinatário.”

³³⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. Tese para concurso de professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1993. p. 430-431.

rodapé, Cleunice A. Bastos Pitombo³³¹:

A Lei Magna assegurou o acesso à informação e mandou resguardar o sigilo da fonte, ‘quanto necessário ao exercício profissional’ (artigo 5º, inciso XIV). O segredo profissional é mais amplo. O Código de Ética dos advogados, por exemplo, diz: ‘o sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se vê afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado ou solicitado pelo constituinte’ (artigos 25 e 26). No mesmo sentido, há preceito, no Estatuto da Advocacia (art. 7º. N. XIX da Lei 8.906/94).

A autora afirma que, no processo penal, consta apenas norma relativa à prova testemunhal, acrescentando que:

O Código de Processo Civil dispõe que a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos “a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo” (artigo 406). Dispositivo idêntico há no Código Civil (artigo 144)³³². O Código de Processo militar, expressamente, determina: “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar seu testemunho”³³³.

De acordo com o Código de Processo Penal, “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada quiserem dar o seu testemunho”(artigo 247). Em concordância com Cleunice A. Valentin Bastos Pitombo³³⁴, sabe-se que não existe “qualquer alusão na lei sobre existência de limites no apossamento de documentos em poder de profissionais, cujo poder e guarda deram-se em virtude da atividade profissional”. A única referência legal acha-se em restringir a busca em escritório de advocacia (artigo 7º, número II, da Lei 8.906/94).

Como se observou, a busca em escritório de advogado aparece de forma regradada, mas tal regulamentação não resguarda de divulgação as coisas, papéis e documentos buscados e, eventualmente, apreendidos. É possível, note-se, na devassa de documentos, sob guarda do defensor, que haja a divulgação de segredo profissional, que envolva situações

³³¹ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 218. v. 2.

³³² O dispositivo refere-se ao Código Civil de 1916. Corresponde ao artigo 229 do Código Civil de 2002.

³³³ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. *op. cit.* p. 218-219.

³³⁴ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. *op. cit.* p. 219.

várias, como, por exemplo: cliente-advogado, cliente-terceiro e advogado³³⁵. O mesmo pode ser aplicado, por analogia, em outro ramo de atividade liberal, a exemplo, em consultório médico, onde a devassa pode abarcar segredos entre paciente-médico, paciente-terceiro e médico, fazendo surgir grave risco de dano³³⁶.

Não restam dúvidas de que o problema pode assumir proporções ainda maiores quando o documento passa a constituir-se como elemento do “corpo do delito”, ou seja, condiga com a tipicidade e, simultaneamente, mostre-se caracterizado pelo princípio do sigilo, envolvendo terceiro, completamente alheio ao fato perquirido via processo. Isso torna o segredo de justiça insuficiente, já que a norma constitucional que assegura a intimidade é mais abrangente (artigo 5º, incisos X e LX, da Constituição da República), o que possibilita concluir que é extremamente necessário o regramento da apreensão de documentos e papéis, amparados pelo segredo profissional; o dispositivo legal existente e regulador da busca não se apresenta, no entanto, suficiente para proteger e tutelar a apreensão, já que esta se instrumentaliza e ingressa nos autos, tornando-se naturalmente conhecida, pública. As regras constitucionais não surgem suficientes (artigo 5º, inciso LX, e artigo 93, inciso IX), fazendo-se, portanto, útil e premente a fixação da autonomia da apreensão em relação à busca³³⁷.

Neste particular, diferente é o direito português. No Código de Processo Penal lusitano, nota-se que há, de imediato, uma preocupação em trazer o tema num artigo em separado. Apesar de algumas limitações, o referido texto é mais longo e detalhado, abordando, em artigos subseqüentes, assuntos pertinentes e correlatos à apreensão, suscetíveis e não suscetíveis, prevendo, também, a nulidade e devolução das apreensões depois de julgadas úteis ou não à elucidação do caso e/ou fato causador. O referido Código acerca dos objetos a serem apreendidos corporifica-se no artigo 178º, números 1 a 7, como segue:

Artigo 178º.

1. São apreendidos os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a

³³⁵ PITOMBO, Cleunice A.Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 219. v. 2.

³³⁶ PITOMBO, Cleunice A.Valentin Bastos. *op. cit.* p. 219.

³³⁷ PITOMBO, Cleunice A.Valentin Bastos. *op. cit.* p. 219-220.

servir a prática de um crime, os que constituírem o seu produto, lucro, preço ou recompensa, e bem assim todos os objectos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros susceptíveis de servir a prova.

2. Os objectos apreendidos são juntos ao processos, quando possível, e, quando não, confiados à guarda do funcionário de justiça adstrito ao processo ou de um depositário, de tudo se fazendo menção no auto.

3. As apreensões são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária.

4. Os órgãos de polícia criminal podem efectuar apreensões no decurso de revistas ou de buscas, ou quando haja urgência ou perigo na demora, nos termos previstos no artigo 249º, n. 2, alínea c).

5. As apreensões efectuadas por órgão de polícia criminal são sujeitas a validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de setenta e duas horas.

6. Os titulares de bens ou direitos objecto de apreensão podem requerer ao juiz de instrução a modificação ou revogação da medida. É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 68º, n.º 5.

7. Se os objectos apreendidos forem susceptíveis de ser declarados perdidos a favor do Estado e não pertencerem ao argüido, a autoridade judiciária ordena a presença do interessado e ouve-o. A autoridade judiciária prescinde da presença do interessado quando esta não for possível.

O Tribunal Constitucional entendeu pela constitucionalidade do n. 3 do artigo 178º, nestes termos:

O direito de propriedade (privada, consagrado no artigo 62º, nº 1, da Constituição) está longe de ser ilimitado e a apreensão de objectos em processo penal nos casos referidos (no nº 3 do presente artigo) não pode deixar de considerar-se como um limite imanente desse direito (não havendo, por isso, inconstitucionalidade)³³⁸.

As apreensões contempladas no normativo em comento não se prestam, saliente-se, como garantia de efetivação de direitos patrimoniais, já que serão garantidos exclusivamente pela caução econômica (art 227º), ou pelo arresto preventivo (art. 228º), admitindo-se, porém, a conversão da apreensão em arresto preventivo (art. 186º, 3.).

Para além das observações já mencionadas, o legislador português não se limitou a regradar a busca em escritório de advogado e consultório médico, conforme se pode constatar da leitura dos artigos subsequentes ao 180º do Código de Processo Penal, mas foi além ao:

a) estabelecer correlação entre as pessoas que podem invocar o segredo profissional para não prestar depoimento e a apreensão de documentos confiados a tais pessoas. Com efeito, o artigo 135º do Código de Processo Penal elenca as pessoas que podem escusar-se de depor:

1. Os ministros de religião ou confissão religiosa, os advogados, os médicos, os jornalistas, os membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo profissional podem escusar-se a depor

³³⁸ Ac. nº 7/87, do TC, publicado no DR, I Série, de 9.2.87

sobre os factos abrangidos por aquele segredo.

2. Havendo dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver suscitado procede às averiguações necessárias. Se, após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena ou requer ao tribunal que ordene, a prestação do depoimento.

b) vincular o sigilo, no processo penal, com o dever de resguardo estatuído no direito material. Essa vinculação entre o direito material (artigo 184º do CP) e o processual (artigo 135º do CPP) é, para Manuel da Costa Andrade,³³⁹ inconveniente, porque a revelação do segredo “porá a descoberta constelações típicas em que a revelação do segredo em processo penal, do mesmo passo que introduz um meio admissível de prova, pode constituir o respectivo agente em responsabilidade criminal”. E acrescenta:

É o que tenderá a acontecer quando a violação do segredo, por pessoa a quem o artigo 135º do CPP outorga o direito ao silêncio, ocorra à margem do consentimento do *Geheimnisträger* (que excluiria a tipicidade) ou à margem de causa bastante de justificação.

Tanto o dever de sigilo que a lei substantiva prescreve como o direito ou sigilo que o direito processual reconhece, visam salvaguardar simultaneamente bens jurídicos de duas ordens distintas. A par dos interesses individuais da preservação do segredo sobre determinadas factos, protegem-se igualmente valores ou interesses de índole supraindividual e institucional que, por razões de economia, poderemos reconduzir à confiança sobre que deve assentar o exercício de certas profissões. Isto no contexto de relações de primado e hierarquia, concretamente modeladas e estabelecidas pelo legislador e que aqui não cabe sindicar.³⁴⁰

O mesmo autor ressalta outra incongruência que se pode observar nas profissões, assinalada entre os sistemas material e processual, compreendidos pelo Código de Processo penal e pelo Código Penal:

Ao universo circunscrito das profissões a que a lei processual outorga o direito ao silêncio ‘os ministros de religião ou confissão religiosa, os advogados, os médicos, os jornalistas, os membros das instituições de crédito e as demais pessoas a que a lei permitir ou impuser que guardem segredo’ – contrapõe a lei penal substantiva em espectro indeterminado de profissões submetidas ao dever de segredo, contrafactivamente afirmado através da incriminação do artigo 184º do CP. Como agentes da infracção podem figurar todos os que, em razão de sua profissão, tenham conhecimento de um segredo. Entendendo-se por tal ‘os fatos apenas conhecidos por um círculo limitado de pessoas e em cuja não divulgação o respectivo portador’ tem, de seu ponto de vista, um interesse objetivamente justificado. Uma diferença de extensão cujo bem fundado se afigura, de resto, óbvio. ‘Numa consideração jurídico-material das coisas – refere Meyer – a tutela contra a violação dos deveres profissionais de sigilo pode ir mais longe do que o direito de recusa a prestar depoimento como testemunha em processo penal, que poderá implicar a perda de meios de prova decisivos para o esclarecimento dos factos e, por isso, sérios obstáculos para a realização da justiça’³⁴¹.

³³⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 52.

³⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *op. cit.* p. 52.

³⁴¹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 53.

Por fim, e em conclusão, o autor destaca que o artigo 135º do Código

Processo Penal:

Outorga a um círculo de profissões, em nome do sigilo profissional, um direito de recusa de depoimento, isto é, um direito ao silêncio. Na medida em que este direito subsiste, a lei processual penal comete à disponibilidade dos membros das profissões a decisão sobre o sentido do seu exercício concreto. A livre decisão, por exemplo, do médico bastará, só por si – independente de assentimento ou oposição do titular do segredo – para introduzir um meio de prova processualmente admissível. O quadro poderá ser outro do lado do direito penal substantivo. Aqui a falta de ‘consentimento’ converterá a revelação do segredo em conduta típica nos termos do artigo 184º do CP, indicando por isso uma ilicitude criminal que a prossecução da justiça penal poderá, só por si, não dirimir ou neutralizar. Este é, nomeadamente, o entendimento sufragado pela doutrina alemã segundo o qual, e pelo menos até à medida do direito ao silêncio, a violação do segredo em processo penal, sem consentimento de quem de direito, constitui facto punível nos termos do § 203 do StGB.

E nada parece impor que haja de ser outro o entendimento no contexto do direito vigente entre nós, pese embora o sentido divergente que o artigo 185º do CP (Exclusão de ilicitude) aparentemente inculca. Não cremos que, com este dispositivo, o legislador tenha pretendido introduzir limitações ao princípio de que o interesse (processual) da realização da justiça penal e da persecução dos criminosos não apresenta, só por si, um interesse susceptível de ser sempre e necessariamente levado à balança da ponderação e de dirimir a ilicitude concretamente indiciada pela tipicidade de um meio de prova. Um princípio a que, teremos oportunidade de o assinalar, a ordem jurídica portuguesa parece ter querido acolher-se³⁴².

Sabe-se que a divulgação de coisas, papéis e documentos sujeitos a sigilo profissional ultrapassa, não raras vezes, os limites indagativos do fato delituosos. O indiciado, o acusado, o terceiro e a vítima são, nesses casos, expostos.

Pelo exposto, é de se concluir que há premente necessidade de se estabelecerem regras normativas referentes à apreensão de coisas, papéis e documentos, sempre que tais estejam em poder de pessoas que as possuam por força do cargo ou função e sujeitos a sigilo profissional.

Embora seja certo que, em relação ao sigilo constitucional, o legislador brasileiro tentou, de maneira atabalhoada, regulamentá-lo, com a edição da Lei 9.034/95, uma vez que o artigo 3º determinava que “ocorrendo a possibilidade de violação de sigilo preservado pela constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça”, salta aos olhos que essa lei não atendia à

³⁴² ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 54.

“necessidade de regramento da modalidade de apreensão dos documentos preservados pelo sigilo profissional”.³⁴³ Contudo, referido artigo foi, por ferir o princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal, declarado inconstitucional (Adi 1570/DF relator Ministro Maurício Correa).

A apreensão decorrente do encontro casual de correspondência será abordada no item 4.1.5.5 (momento de proceder a apreensão).

Pelas peculiaridades, impõe-se a investigação acerca da apreensão em estabelecimento bancário, escritório de advocacia ou consultório médico, que é objeto do item seguinte (4.1.5.4).

4.1.5.4 Apreensão em estabelecimento bancário, escritório de advogado ou consultório médico

Ainda digno de nota é o cuidado posto e observado na regulamentação no Código lusitano da: a) apreensão em estabelecimentos bancários (artigo 181º)³⁴⁴; b) apreensão em escritório de advogado ou em consultório médico (artigo 180º)³⁴⁵, cujo regime decalca do

³⁴³ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 222. v. 2.

³⁴⁴ PIMENTA, José da Costa. **Código de Processo Penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991. p. 469-470, explica que:

1) “Quebra do segredo bancário: o presente artigo concede às autoridades judiciárias o poder de acesso a todos os elementos bancários considerados de interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. Nesta parte, derroga o chamado *segredo bancário*.”

2) Competências (nº 1 e 2): apenas a *autoridade judiciária* – delegado ou juiz – tem competência para proceder (não ordenar ou autorizar, só) à apreensão em instituições de crédito. [...] Nos termos do nº 3, para exame de correspondência e qualquer documentação *bancária* a competência pertence em exclusivo ao *juiz* – e não também ao delegado.

3) Pressupostos (nº 1): a autoridade judiciária procederá à apreensão quando, além do mais, se verificarem dois pressupostos: 1) que os objectos estejam *relacionados* com o crime; 2) que revelem um interesse *qualificado* (de grande) para a descoberta da verdade ou para a prova. [...] É indiferente que os objectos apreendidos pertençam ao argüido ou estejam depositados em nome de outrem.

4) Violação: a não observância do disposto neste artigo, nomeadamente a apreensão feita por órgão de polícia criminal – em vez de pela autoridade judiciária – ou o exame de correspondência por outrem que não o próprio juiz, constitui mera *irregularidade* processual (artigo 118º, nº 2), com o regime previsto no artigo 123º, e que, na hipótese, não carece de ser corrigida. [...] Todavia, a divulgação daquilo de que tiverem conhecimento, em função da diligência efectuada, e que não chegou, sequer, a ser apreendido, pode constituir *crime* de revelação de segredo profissional, previsto pelo artigo 184º do Código Penal, e aí punido com prisão até um ano e multa até 120 dias.

³⁴⁵ PIMENTA, José da Costa. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991. p. 468-469, expõe que:

1) “Apreensão em escritório ou consultório. Presença do juiz. Aviso prévio (nº 1): a apreensão operada

fixado para as buscas em idênticas circunstâncias; c) apreensão de documentos ou objetos em poder de pessoas sujeitas a segredo profissional e de Estado (artigo 182°).

Finalizando, atente-se para a orientação a respeito da devolução dos objetos apreendidos, que ocorrerá quando a sentença e os objetos não tenham sido declarados perdidos a favor do Estado (artigo 186³⁴⁶, números 1 e 2)³⁴⁷.

Nos itens que se seguem, aborda-se o modo (4.1.5.5), o momento (4.1.5.5.1), a iniciativa e a execução da apreensão (4.1.5.5.2), a necessidade do mandado judicial e a devida fundamentação (4.1.5.5.3), o sujeito passivo da medida (4.1.5.5.4) e o auto de apreensão (4.1.5.5.5).

4.1.5.5 Modo de proceder à apreensão

Um outro pormenor que merece ser comentado diz respeito ao fato de que o Código de Processo Penal do Brasil apresenta-se, mais uma vez, omissivo, no tocante à forma e ao modo de proceder-se à apreensão. No Código de Processo Penal Militar, menciona-se, o

em escritório de advogado ou em consultório médico está sujeita ao disposto no artigo 177°, nº 3 e 4. [...] A violação destas normas implica a *nulidade* ou *irregularidade* do acto, consoante os casos...

2) Inapreensibilidade de documentos relativos à defesa (nº 2): em regra, não são susceptíveis de ser apreendidos os documentos que estejam abrangidos pelo segredo profissional. [...] a apreensão pode, no entanto, ter lugar se os documentos abrangidos pelo segredo profissional constituírem, *eles mesmos*, objecto ou elemento de um crime.

3) Violação (nº 1 e 2): se a apreensão não for pessoalmente presidida pelo juiz, ou se, presidindo este, forem apreendidos documentos abrangidos pelo segredo profissional, a apreensão é *nula*, a menos que tais documentos constituam, em si, objecto de um crime ou elemento dele. Trata-se de nulidade *sanável*, com o regime constante dos artigos 120° e 121°. [...] Nos demais casos de desvio à lei, nomeadamente a de falta de comunicação a que se refere o nº 1 do presente artigo, por remissão para o artigo 177°, nº 3 e 4, dá-se mera irregularidade, com o regime previsto no artigo 123°”.

³⁴⁶ PIMENTA, José da Costa. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991. p. 473, esclarece que:

1) “Reexame de apreensão (nº 1): O Código não quer, visivelmente, que a apreensão dure por tempo indefinido. Consagra-se o princípio de que se deve proceder à restituição dos objectos apreendidos logo que ela se mostre *desnecessária* para efeitos de prova, sem precisar obrigatoriamente chegar até à audiência. Em regra, examinados e avaliados, os objectos apreendidos deixam de ser necessários para o efeito de prova.

2) Restituição após o trânsito (nº 2): o mais tardar a restituição dos objectos apreendidos dá-se depois do *trânsito em julgado* da decisão final, devendo nesta ser ordenada, os termos do artigo 374°, nº 3, al. c). [...] Está claro, não haverá qualquer restituição se na sentença (ou acórdão) os objectos apreendidos foram declarados *perdidos a favor do Estado*.

3) Não restituição (nº 3): os objectos não serão restituídos se deverem ser apreendidos a título de arresto preventivo. Esta restrição, evidentemente, só se aplica a objectos que pertençam ao 1) argüido ou ao 2) responsável civil – artigo 288, nº 1.

³⁴⁷ FERREIRA, Marques. Meios de provas. **Jornadas de direito processual** – Centro de Estudos Jurídicos. Coimbra: Almedina, 1988. p. 269.

assunto é abordado, embora de forma sucinta. A propósito, veja a transcrição dos artigos 185-189:

Art. 185 - Se o executor da busca encontrar as pessoas ou coisas a que se referem os artigos 172 e 181, deverá apreendê-las. Fã-lo-ã, igualmente, de armas ou objetos pertencentes às Forças Armadas ou de uso exclusivo de militares, quando estejam em posse indevida, ou seja incerta a sua propriedade.

§ 1º - A correspondência aberta ou não, destinada ao indiciado ou ao acusado, ou em seu poder, será apreendida se houver fundadas razões para suspeitar que pode ser útil à elucidação do fato.

§ 2º - Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

Art. 186 - Quando, para a apreensão, o executor for em seguimento de pessoa ou coisa, poderá penetrar em território sujeito a outra jurisdição.

Parágrafo único. Entender-se-ã que a autoridade ou seus agentes vã em seguimento de pessoa ou coisa, quando:

a) tendo conhecimento de sua remoção ou transporte, a seguirem sem interrupção, embora depois a percam de vista;

b) ainda que não a tenham avistado, mas forem em seu encalço, sabendo, por informações fidedignas ou circunstâncias judiciãrias, que estã sendo removida ou transportada em determinada direção.

Art. 187 - O executor que entrar em território de jurisdição diversa deverã, conforme o caso, apresentar-se à respectiva autoridade civil ou militar, perante a qual se identificarã. A apresentação poderã ser feita ap3s a diligência, se a urgência desta nã permitir soluçã de continuidade.

Art. 188 - Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, serã imediatamente apreendida e posta sob cust3dia da autoridade ou de seus agentes.

Art. 189 - Finda a diligência, lavrar-se-ã auto circunstanciado da busca e apreensã, assinado por duas testemunhas, com declaraçã do lugar, dia e hora em que se realizou, com citaçã das pessoas que a sofreram e das que nelas tomaram parte ou as tenham assistido, com as respectivas identidades, bem como de todos os incidentes ocorridos durante a sua execuçã.

Parágrafo único. Constarã do auto, ou dele farão parte em anexo devidamente rubricado pelo executor da diligência, a relaçã e descriçã das coisas apreendidas, com a especificaçã:

a) se mãquinas, veculos, instrumentos ou armas, da sua marca e tipo e, se possvel, da sua origem, nmero e data da fabricaçã;

b) se livros, o respectivo tltulo e o nome do autor;

c) se documentos, a sua natureza.

Também a legislaçã dos Estados da Federaçã nã mostrou preocupaçã suficiente em regrã-la, exceçã feita, sublinhe-se, ao Projeto de C3digo do Estado de São Paulo, que determinou: a descriçã e fotografias dos instrumentos e objetos apreendidos (art. 180); a conservaçã em museu criminal (art. 138, §1º) e regulou a “entrega ou restituçã de bens apreendidos” (art. 138, §§ 2º e 3º). No anteprojeto H3lio Tornaghi, tratou da apreensã, permitindo apreender as coisas e pessoas buscadas (artigo 401); abordou, especificando, a possibilidade de apreensã de “cartas abertas ou nã, destinadas ao indiciado ou acusado em

seu poder” (§ 1º); proibiu a apreensão de documento, em poder do defensor, “salvo quando constituir elemento do corpo do delito” (§2º); permitiu a introdução em território sujeito a outra autoridade, para realizar-se apreensão (art. 402), deixando patente que a apreensão de pessoa vítima de crime pode levar à custódia (artigo 404)³⁴⁸.

Para finalizar o que vem sendo comentado, conquanto a apreensão, via de regra, não importa restrição a direito fundamental³⁴⁹, ela interessa ao processo penal³⁵⁰. Cleunice A. Valentin Bastos Pitombo acentua que sua legalidade, encontra-se, entretanto, condicionada à observância de formalidades, particularmente no que concerne: a) ao momento procedimental; b) à iniciativa da medida e executor; c) à necessidade de mandado judicial; d) ao sujeito paciente da apreensão; e) e ao auto de apreensão.

4.1.5.5.1 Momento

A apreensão pode concretizar-se na fase pré-processual ou processual, de cognição e de execução. Podem surgir três situações de apossamento: a) decorrente de busca profícua; b) exibição voluntária; c) encontro casual.³⁵¹

No que toca à primeira, no Brasil acha-se vinculada aos limites constitucionais e processuais da busca. Assim, não possui valor para a instrução processual o apossamento que resulta de procura ilegal ou abusiva. Também não serve à instrução processual a apreensão ilegal ainda que a busca seja realizada legalmente.

A questão não é, contudo, pacífica. Surgem, por conseqüência, as seguintes indagações: é ilegítima a ordem de busca totalmente desprovida de motivação? A conseqüente apreensão será legítima ou ilegítima?

³⁴⁸ PITOMBO, Cleunice A.Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 225. v. 2.

³⁴⁹ Nem por isso pode haver apreensão sem a devida motivação, ainda que sucinta, como será visto no item 4.1.5.5.3.

³⁵⁰ PITOMBO, Cleunice A.Valentin Bastos. *op. cit.* p. 225.

³⁵¹ PITOMBO, Cleunice A.Valentin Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 225. v. 2.

Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo³⁵², após afirmar que há desencontro nos julgados brasileiros, sustenta, com razão, que em relação aos direitos individuais e aos sistemas de garantias, não se aplicam regras jurídicas de Ulpiano: “*utilis per inutilibem non vitiatur*”³⁵³ e “*utile no debet per utile vitiare*”³⁵⁴. Com a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), bem como a tutela punitiva no Estado Democrático de Direito, não é possível conceber a idéia de que a ilegalidade ocorrida na busca não vá contagiar, por exemplo, a apreensão dela conseqüente.

No que toca à exibição voluntária, é correto afirmar que, em princípio, é lícita a apreensão, especialmente se de coisa móvel. Contudo, em certas situações, pode ocorrer de não se verificar a licitude, hipótese em que não procederá à constrição. Para que a apreensão seja legal, ou para que ela não se mostre arbitrária e inútil, são necessários os seguintes elementos: a) a licitude na obtenção da coisa exibida à autoridade policial; b) a necessidade de retirá-la do poder de quem a retém; c) a imprescindibilidade do apossamento para a instrução do processo crime³⁵⁵.

O disposto no artigo 6º, I e II, do Código de Processo Penal permite à polícia judiciária, tão logo tenha conhecimento da infração penal, preservar o lugar do crime até a chegada dos peritos criminais e apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais. Essa apreensão, independentemente se resultante de flagrante ou não, não necessita de autorização judicial; contudo a polícia judiciária deve limitar-se ao preceito acima, uma vez que a apreensão só será legítima se guardar qualquer relação com o fato apurado. Logo, será ilegal a apreensão de qualquer objeto que não tiver relação com o fato apurado.

Inobstante isso, não é raro verificar que a polícia judiciária, na maioria das vezes por despreparo, apreende coisas sem qualquer relação com o fato investigado e, ainda,

³⁵² PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. *op. cit.* p. 226.

³⁵³ Tradução: O útil não se vicia pelo inútil.

³⁵⁴ Tradução: O útil não deve ser viciado pelo inútil.

³⁵⁵ PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. *op. cit.* p. 227.

as exhibe à imprensa, com a agravante de exposição da privacidade e da intimidade das pessoas.

Por fim, resta a análise do encontro casual, em decorrência de cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, se se verificar a não existência de qualquer relação entre a fundamentação e o objetivo que determinaram a ordem inicial e o achamento fortuito.

Temos, nesta questão, duas premissas que devem ser levadas em conta. Por um lado, a rigidez da estrutura legal da busca, não se permitindo alargar-lhe o âmbito de atuação, visto que é indispensável, para sua validade, o preenchimento de requisitos necessários à expedição da ordem de busca, além dos inerentes a sua execução³⁵⁶. Por outro lado, não se pode ignorar o poder-dever da polícia de prevenir e reprimir o cometimento de infrações penais, podendo a omissão da autoridade policial chegar às raias da configuração do crime de prevaricação.

Cleunice A Valentim Bastos Pitombo³⁵⁷ sustenta que a apreensão de coisa encontrada ao acaso, sem relação com o fato ilícito, resultante de busca legal, não pode ser realizada de pronto, devendo a autoridade policial preservar o local, providenciando a autorização judicial, para que a tomada seja concretizada em plena legalidade, citando como exemplo o achamento de coisa “cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito” diverso (CPP, art. 91, n. 11, letra “a”).

Não nos parece ser esta a melhor solução. Ainda que não guarde qualquer relação com o fato investigado, a descoberta “por acaso” iguala-se a qualquer conhecimento de infração penal que a polícia venha a ter. Nessas hipóteses, não é dever da autoridade policial, sob pena de responder administrativa e criminalmente, proceder à apreensão e iniciar a investigação? É necessário dar segurança e credibilidade às instituições deste país. Não se trata, a nosso ver, de alargar o âmbito da busca, visto que a apreensão de qualquer coisa sem

³⁵⁶ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 227. v. 2.

³⁵⁷ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *op. cit.* p. 228.

relação com o fato investigado é objeto de outra investigação que irá, diante da descoberta, ser então iniciada.

Vejamos, como é tratado, em Portugal, o encontro casual de correspondência com a sua conseqüente apreensão, lembrando, de início, que, no Brasil, a problemática é diversa de Portugal, visto que há restrição absoluta de apreensão de correspondências (conforme art. 5º, XII, da CF). Os argumentos utilizados na doutrina portuguesa podem, no entanto, aclarar as situações de encontro casual³⁵⁸.

O exemplo é de Manuel da Costa Andrade:

A, que aguarda julgamento em prisão preventiva, escreve a B pedindo-lhe que subtraia ou falsifique documentos que podem vir a ser utilizados contra A em relação a crime diferente daquele que motiva a prisão preventiva. Também aqui cabe questionar se a carta, legalmente apreendida para efeitos do processo que levou a prisão preventiva, poderá ser igualmente valorada no processo em vista do qual foi solicitada a subtração ou falsificação dos documentos. A resposta afigura-se relativamente linear no domínio específico das buscas, onde nada parece contrariar a tese da admissibilidade geral da apreensão e valoração de todos os conhecimentos fortuitos. Isto à vista de um preceito como o artigo 179 do CPP – ou do mais explícito § 180 do StPO alemã –, que, de forma mais ou menos unívoca, autoriza a apreensão de todos os objetos relacionados, nos termos legalmente prescritos, com um crime. De acordo com o entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência alemãs, a tese da legitimidade da valoração de todos os conhecimentos fortuitos decorrentes de uma busca, imposta, pelo citado § 180 do StPO, radica na circunstância de este meio de obtenção de prova ser admissível em qualquer crime. São, pois, razões de economia processual – evitando-se a repetição de formas e diligências – que ditam a apreensão directa ou a valoração probatória dos objetos que corporizam os conhecimentos fortuitos.

Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo³⁵⁹ critica essa posição, sob o argumento de que o escopo do processo penal reside na liberdade jurídica do indivíduo, não sendo possível, em nome da economia processual, abrandar preceitos processuais dela protetivos.

A posição da autora parece extremada. A intimidade da pessoa já restou violada por ato legítimo. O “plus”, por certo, em nada mais pode acrescer ou diminuir em relação à vida íntima do investigado ou acusado. Repetir-se todo o ato processual e a diligência consistirá em um excessivo apego ao formalismo de todo desnecessário e sem

³⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 277.

³⁵⁹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 228-229. v. 2.

qualquer efeito prático, senão a busca incessante de meios para a nulidade do processo.

4.1.5.5.2 A iniciativa e a execução da apreensão

No direito português, as apreensões são autorizadas, ordenadas ou validadas pela autoridade judiciária (CPP, art. 178º, n. 3). Nunca é demais repetir que autoridade judiciária corresponde conforme as disposições gerais do Código lusitano, ao juiz, ao juiz da instrução e ao Ministério Público (art. 1º). O assistente ofendido (art. 69º, n. 2 ‘a’) e o argüido podem requerê-la (art. 61º, n. 1, ‘f’). Os órgãos da polícia criminal podem efetuar apreensões em duas hipóteses: a) no decurso de revistas ou de buscas; b) quando haja urgência ou perigo na demora (CPP, art. 178º, n. 4 c/c art. 249º, n. 2, ‘c’).

No direito brasileiro, a autoridade judiciária pode determinar a apreensão de ofício (CPP, art. 242), ou mediante requerimento do Ministério Público (CPP, art. 242, *in fine*), do ofendido e do indiciado (CPP, art. 14). À autoridade policial é concedido o poder de efetuá-la nos casos de flagrante delito ou entrega voluntária. Nos demais casos, deve pedir autorização.

O Código de Processo Penal não autoriza expressamente o assistente de acusação a requerer diligência – como fez no artigo 14 –, devendo ser lembrado ainda que ele tem seus poderes limitados taxativamente no artigo 271 do Código de Processo Penal.³⁶⁰ Contudo, como a ele é deferido propor “meios de prova”, pode perfeitamente requerer a busca e apreensão.

Deve ser lembrado apenas que, como não existe a figura do assistente de acusação antes de iniciado o processo, o requerimento para apreensão não poderá ser formulado na fase inquisitiva.

Se a exibição de objetos, papéis e documentos ocorre de forma voluntária, a autoridade judiciária ou policial pode apreender.

³⁶⁰ Embora a intervenção do assistente no processo, na qualidade de auxiliar ou reforço, seja ampla.

4.1.5.5.3 A necessidade de mandado judicial e a devida fundamentação

Embora não haja previsão no Código de Processo Penal brasileiro quanto à expedição de mandado judicial de apreensão, é imperioso concluir pela sua indispensabilidade toda vez que ela ocorrer separada da busca e da exibição. Primeiro, porque defendemos a autonomia dos dois institutos – busca e apreensão –; segundo porque, embora a apreensão não importe, via de regra, restrição a direito fundamental, torna-se impossível atender a garantia do devido processo legal sem que haja a sua regular expedição pelo órgão judiciário competente. Ademais, a tutela punitiva, no Estado Democrático de Direito, o exige.

Se a apreensão ocorrer separada da busca, deve a decisão – tal qual ocorre com a busca – ser motivada, ainda que sucintamente, exceto se efetuada pela polícia nas hipóteses de flagrante delito ou entrega voluntária. O dever de fundamentação³⁶¹ decorre do texto legal dos dois países (CRFB, art. 5º. LIV e 93, IX e CRP, art. 32º e 205º), e a sua inobservância pode resultar em nulidade do ato.

O direito Português que admite e trata os institutos isoladamente prevê, no art. 178º, n. 3, o mandado de apreensão.

4.1.5.5.4 Sujeito passivo da medida

Tanto o direito brasileiro como no português, o sujeito passivo ou paciente da medida de apreensão pode coincidir ou não com as pessoas envolvidas no processo. No caso positivo, podem sofrer a medida a pessoa do acusado (argüido) ou a da vítima; em caso negativo, a pessoa física ou jurídica alheia ao processo (terceiro).

³⁶¹ A fundamentação é devida ainda que se trate de comissão Parlamentar de Inquérito, como decidiu o STF ao declarar ineficaz, por ofensa ao artigo 5º, XI da CF, a apreensão de documentos e equipamentos em locais invioláveis: “Mandado de segurança contra ato do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o avanço e a impunidade do narcotráfico. 2. Apreensão de documentos e equipamentos sem fundamentação em locais invioláveis. 5. Mandado de segurança que se defere para determinar a devolução dos bens e documentos apreendidos, declarando-se ineficaz eventual prova decorrente dessa apreensão com infração do art. 5º, XI, da Lei Maior”. MS 23642/DF. Rel. Nery da Silveira. DJ Data 09.03.01 PP-00103 Ementa Vol-02022-01 PP-00123. Julgamento 29/11/2000 – Tribunal Pleno.

4.1.5.5 Auto de apreensão

O direito português prevê expressamente a lavratura de auto de apreensão (art. 183º). Diferentemente, no direito brasileiro não há qualquer especificação sobre o auto de apreensão. A lei processual faz remissão ao auto apenas quando trata da busca e da apreensão³⁶².

O direito português entremostra-se deficiente – assim como o brasileiro – em não particularizar o conteúdo do auto, isto é, em não determinar a individualização do que se apreendeu, com todas as características identificadas, fixando o estado real do que foi apreendido.

Se o legislador dos dois países assim tivesse agido haveria maior garantia na relação processual: julgador, Ministério Público, acusado ou argüido, vítima e terceiros. Tanto para o interesse do processo como por motivo de eventual depósito, entrega ou restituição forçar-se-ia sua melhor guarda e proteção.

Por outro lado, a ilegalidade da apreensão pode resultar em duas conseqüências: a primeira é a ineficácia para o processo; a segunda, a responsabilidade civil do Estado, com direito de regresso em face do causador.

Após o estudo da revista e busca (capítulo III) e da apreensão (capítulo IV), no último capítulo do presente trabalho, envereda-se na investigação acerca do instituto da restituição. É o que se vê a seguir.

³⁶² A única exceção que se nota é no Código de Processo Penal Militar, cujo artigo 189, parágrafo único, dispõe expressamente: “Constarão do auto, ou dele farão parte em anexo devidamente rubricado pelo executor da diligência, a relação e descrição das coisas apreendidas, com a especificação:

a) se máquinas, veículos, instrumentos ou armas, da sua marca e tipo e, se possível, da sua origem, número e data da fabricação;
b) se livros, o respectivo título e o nome do autor;
c) se documentos, a sua natureza”.

V. RESTITUIÇÃO

5.1 Restituição

Fez-se, nos capítulos anteriores, uma abordagem dos temas relacionados à busca e à apreensão, procurando-se dar um tratamento em que cada um deles fosse visto separadamente, com as comparações pertinentes entre os códigos português e brasileiro. Neste novo capítulo, tem-se como meta a investigação em torno do tema restituição, que será submetido à mesma metodologia usada em relação aos anteriores, propiciando, assim, uma investigação nos respectivos códigos de cada país, Portugal e Brasil, bem como a pesquisa de autores e doutrinadores que, de forma ampla ou sucinta, discutiram e opinaram sobre o assunto em questão.

É útil que o presente estudo comece por comentar a etimologia da palavra “restituição”, que vem do latim “restitutio/onis”, para significar restabelecimento, reparação, renovação, o que permite concluir que restituição é o “ato ou efeito de restituir; devolução de algo a quem realmente pertença”³⁶³.

O Código de Processo Penal português trata da restituição no capítulo III, “Das Apreensões”, no título III, “Dos Meios de Obtenção da Prova”, longo após o capítulo que trabalha o tema dos meios de obtenção da prova, no artigo 186º, que dispõe:

Art. 186º. (Restituição dos objetos apreendidos)

1. Logo que se tornar desnecessário manter a apreensão para efeito de prova, os objectos apreendidos são restituídos a quem de direito.
2. Logo que transitar em julgado a sentença, os objectos apreendidos são restituídos a quem de direito, salvo se tiverem sido declarados perdidos a favor do Estado.
3. Ressalva-se do disposto nos números anteriores o caso em que a apreensão de objectos pertencentes ao argüido ou ao responsável civil deva ser mantida a título de arresto preventivo, nos termos do artigo 228º.

Torna-se importante ressaltar que o artigo mencionado acima obedece, em traços gerais, ao que já estabelecia o artigo 208º do Código de Processo Penal português de 1929; portanto, sem alterações significativas em relação ao direito anterior. Leis especiais

³⁶³ DICIONÁRIO HOUAISS da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002. p. 2442.

portuguesas estabelecem regime especial de conservação ou de guarda de numerosos objetos apreendidos em processo penal, a saber:

- a) Quantia monetária. Dec n° 12.487 de 14.10.1926, art. 14.
- b) Objetos penhorados, provenientes de furto ou roubo. Dec. 17.766 de 17.12.1929, art. 12.
- c) Títulos de crédito ao portador. Dec 32.428, portaria n° 10471 de 19.08.1943, n. 26.
- d) Armas e munições. Dec. Lei 37.313 de 21.02.1949.
- e) Objectos ou formas de comunicação audiovisual de conteúdo pornográfico ou obsceno. Dec. 254 de 07.04.1976
- f) Bens que serviram para o exercício da prostituição. Dec 44.579 de 19.09.1962, art. 3°.
- g) Instalações, equipamentos, substâncias e produtos nucleares. Dec 49.398 de 24.11.1969, art. 3°.
- h) Direito estradal. Código de Estrada sobre apreensão de veículos, arts. 169° e 175°.
- i) Objectos de interesse para o estudo do crime ou do delinquentes. Dec 27.306 de 08.12.1936, art. 16.
- j) Jogo ilícito de fortuna ou azar. Dec 48.912 de 18.03.1969, art. 56°.
- l) Instrumentos perdidos a favor do Estado pelos infractores às leis da caça. Lei 2.132 de 26.05.1967 e Dec 47.847 de 14.08.1967.
- m) Pesca ilícita. Dec 44.623 de 10.10.1962, art. 83, §3°
- n) Estupefacientes, drogas. Dec 15/93 de 22.01.1993, arts. 35 a 39.
- o) Moedas falsas e instrumentos e objectos utilizados na sua fabricação. Convenção Internacional para a Repressão da Moeda Falsa, em Genebra em 23.04.1929 e ratificada em 30.06.1930.
- p) Crimes de imprensa. Dec 85-C/75 de 26.02.1975, art. 50°.
- q) Objectos apreendidos pela Polícia Judiciária que venham a ser declarados perdidos a favor do Estado. Dec 295-A/90 de 21.09.1990, art. 156°.

Quando, agora, retorna-se ao Código brasileiro, encontra-se o instituto da restituição das coisas apreendidas no capítulo V, “Das questões e processos incidentes”, do artigo 118 ao 120.

Como a apreensão penal se legitima tão somente pelo interesse para a instrução do processo ou para a garantia da perda, sendo esta admissível³⁶⁴, é de se gisar que, no direito Português, a manutenção da apreensão excepcionalmente poderá ocorrer como garantia patrimonial a título de arresto preventivo, de acordo com os termos do artigo 228º do Código de Processo Penal³⁶⁵.

Antônio Augusto Tolda Pinto³⁶⁶ argumenta que, quando a manutenção da apreensão se revelar desnecessária para efeito de prova, já que não se verificam os fundamentos da sua legitimação (necessidade de instrução do processo ou para garantia de perda nos casos em que esta é previsível), os objetos anteriormente apreendidos serão devolvidos a quem de direito. Ressalta-se, no entanto, a exceção que incorre nos casos em que estes não pertençam ao argüido ou ao responsável civil, ou a apreensão necessite ser mantida a título de arresto preventivo nos termos do artigo 186º, número 3. Mas, “logo que transitar em julgado a sentença, os objetos apreendidos são restituídos a quem de direito, salvo se tiverem sido declarados perdidos a favor do estado” (artigo 186º, nº 2).

Para José da Costa Pimenta³⁶⁷, o Código não quer, na verdade, que a apreensão dure por tempo indeterminado. Assim, a partir do momento em que a manutenção da apreensão se revelar desnecessária para efeito de prova, os objetos apreendidos são restituídos a quem de direito, não necessitando, obrigatoriamente, chegar até a audiência. Em regra, uma vez examinados e avaliados os objetos apreendidos deixam de ser necessários para

³⁶⁴ GONÇALVES, Fernando & ALVES, Manuel João & VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Lei e crime – o agente infiltrado versus o agente provocador: os princípios do processo civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 243.

³⁶⁵ SANTOS, M. Simas & LEAL-HENRIQUES, M. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1999. p. 929. v. 1.

³⁶⁶ PINTO, Antônio Augusto Tolda. **O novo processo penal**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1997. p. 291.

³⁶⁷ PIMENTA, José da Costa. **Código de processo penal anotado**. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991. p. 473

efeito de prova.

A restituição dos objetos apreendidos ocorrerá, portanto, quando muito, depois do trânsito em julgado da decisão final, devendo constar desta, em conformidade com o artigo 374º, número 3, letra d, do Código de Processo Penal, exceto se, evidentemente, na sentença ou acórdão, os objetos apreendidos forem declarados perdidos em favor do Estado.

Veamos agora como é o tratamento dispensado ao tema pelo legislador brasileiro. O artigo 118 do Código de Processo Penal dispõe:

Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessam ao processo.

Júlio Fabrini Mirabete³⁶⁸ afirma que os instrumentos e objetos apreendidos que tiveram relação com o fato criminoso (artigo 6º, II) permaneceram em juízo enquanto interessarem ao processo; ao juiz, cabe determinar se interessam ou não ao processo. Compete, assim, ao juiz, decidir, com a devida motivação, sobre a oportunidade e conveniência das coisas apreendidas, antes do trânsito em julgado da decisão terminativa do feito. Quando encerrar-se o trânsito em julgado da sentença, esses objetos e instrumentos serão devolvidos ao interessado, se não forem objeto de confisco. A lei em análise refere-se à “sentença final”, cuja abrangência contempla não apenas a de mérito, como também as decisões interlocutórias, “com força de definitiva, como a impronúncia, e a decisão que extinguiu a punibilidade. O Estado é responsável por elas” (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal).

No item seguinte, trata-se do confisco dos instrumentos do crime.

5.1.1 Confisco dos instrumentos do crime

O artigo 119 está assim disposto no Código de Processo Penal:

Art. 119. As coisas a que se referem os arts. 74 e 100 do Código Penal não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, salvo se

³⁶⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 7ª ed. São Paulo: Atlas. p. 334.

pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

Se for formulado pedido de restituição de bem adquirido por terceiro, que figura como interessado na lide, há necessidade de sua permanência em custódia de depósito. Neste sentido, encontra-se a decisão inserta JTACResp 76/358.

Mesmo diante da redação do artigo 118 do Código de Processo Penal, em se tratando de bem em comunhão pertencente ao casal, em que somente um dos cônjuges é denunciado, admite-se a nomeação do outro como fiel depositário, especialmente quando o bem está sujeito a deteriorização.

Uma questão que merece ser apontada relaciona-se com as seguintes indagações: todos os objetos podem ser restituídos? Qual o procedimento estabelecido para a devolução dos objetos apreendidos?

O artigo 119 do Código de Processo Penal brasileiro refere-se aos artigos 74 e 100 da redação original, já que o artigo 74, anterior, corresponde agora, por força da lei número 7.209/84, ao artigo 91, II, que trata do confisco, isto é, da perda, em favor da União, dos instrumentos e produtos do crime com a sentença condenatória irrecorrível. Já o artigo 100, referente à perda em caso de crime de autoria desconhecida, não consta mais da legislação vigente. Deve-se aplicar, portanto, o artigo 779 do Código de Processo Penal, de onde se conclui que as coisas apreendidas não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa fé³⁶⁹.

Fernando da Costa Tourinho Filho³⁷⁰ esclarece que:

Se a coisa apreendida foi simplesmente achada ou furtada, e quem a achou ou furtou a transferiu a terceiro de boa-fé, o Código Civil, no artigo 521³⁷¹, concede ao lesado direito à restituição, restando ao terceiro de boa-fé promover ação regressiva contra quem lha vendeu. Todavia, se a coisa foi adquirida em leilão público, feira ou

³⁶⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 7ª ed. São Paulo: Atlas. p. 355.

³⁷⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 307. v. 1.

³⁷¹ O autor refere-se ao Código Civil de 1916. No novo Código Civil (2002), não há artigo correspondente.

mercado, o dono que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço por que o comprou, nos termos do parágrafo único do artigo 521 do Código Civil.

Na citação acima mencionou-se a palavra *furtada* e, a título de esclarecimento, diga-se, ela tem o sentido que lhe empresta J. M. de Carvalho Santos,³⁷² quando afirma que “o que caracteriza o furto, no sentido civil da expressão e aqui empregado pelo Código, é a tirada clandestina ou violenta da coisa, como diz Pontes de Miranda”.

Júlio Fabbrini Mirabete³⁷³ esclarece, ainda, que:

Ficam confiscados, portanto, como efeito automático da condenação, em primeiro lugar, “os instrumentos do crime desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito”, punhais, gazuas, petrechos para falsificação de moedas ou documentos, substâncias que causem dependência física ou psíquica, etc. (artigo 91, II, letra *a*, do Código Penal). Incluem-se aí as armas de uso proibido, munições, pólvora, petrechos e similares, do controle do Ministério do Exército (artigos 272 e seguintes do Decreto número 55.649, de 28/01/65).

O confisco, sabe-se, ocorre somente quando a infração praticada pelo condenado constitui crime, pois a expressão no artigo 91, II, do Código Penal, deve ser interpretada de forma restritiva. Não abrange, pois, a *contravenção*³⁷⁴³⁷⁵. Para que ocorra o confisco, é indispensável que haja umnexo etiológico entre o crime e o objeto utilizado para sua prática³⁷⁶.

³⁷² SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 253-254. v. 7.

³⁷³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 7ª ed. São Paulo: Atlas. p. 355.

³⁷⁴ Neste sentido decidiu o STJ: “Tanto o CP quanto a LCP, que usam linguagem técnica, apurada, não permitem interpretação extensiva *in casu*. O CP, no art. 91, II, a, fala em ‘crime’, e não em ‘ilícito penal’. A LCP é omissa no art. 19. Logo, a perda da arma, mesmo após uma condenação por ‘porte ilegal’, tem conotação de ilegalidade” (RSTJ 87/395-6 e RT 733/459 e 463). Toda esta problemática só tem relevância antes do advento da lei. 9.437/97, que considerou como crime e não simples contravenção o porte ilegal de arma.

³⁷⁵ Esta posição não é, contudo, unânime na jurisprudência. O STJ assim já se pronunciou: “Contravenção penal. Porte ilegal de arma. Confisco. Legalidade da medida. O porte ilegal de arma justifica o seu confisco, como efeito da condenação pronunciada. Aplicação do art. 91, II, a, CP c/c o art. 1º da Lei das Contravenções Penais. Recurso conhecido e provido” (RSTJ 104/448). Interessante que o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul entendeu que a arma não é, na contravenção instrumento, mas sim objeto material do ilícito, assim: “Na contravenção de porte ilegal de arma, descrita no art. 19 do Decreto-lei nº 3.688/41, condenado o réu, o revólver não pode ser confiscado com apoio no art. 91, inc. I, letra *a* do CP, porque na referida infração penal, a arma não é ‘instrumento’, mas sim objeto material do fato contravencional, integrando a figura típica”. (JTAERGS 87/154). Como mencionado na nota de rodapé anterior, o porte ilegal de arma agora é crime e não contravenção penal.

³⁷⁶ Neste sentido decidiu o STF: “Se a autoridade policial não encontrou elementos para prosseguir no inquérito,

Também permite-se a apreensão e o confisco de veículos, embarcações e aeronaves como quaisquer outros meios de transporte, bem como os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza – com exceção das armas –, que sejam utilizados para a prática de crime definidos na lei número 11.343, de 23 de agosto de 2006 (artigo 62).

A expressão “utilizados” deve, todavia, ser interpretada restritivamente. Assim, é arbitrária e desproporcional a apreensão de veículos só porque neles foi encontrada alguma porção de tóxico. Nessa hipótese, se o objeto é ocasional ou eventualmente utilizado no cometimento da infração, o melhor é excluí-lo da previsão legal³⁷⁷.

O direito penal brasileiro prevê ainda o confisco do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (CP, art. 91, II, “b”), ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé³⁷⁸. Assim, a perda é possível em três hipóteses: se ignorado quem seja o legítimo proprietário ou possuidor; se estes não o reclamam; se constituírem coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Logo, o produto direto do crime não pode ser confiscado quando reclamado pelo lesado ou terceiro de boa-fé.

Não é possível a restituição de coisas apreendidas ou seqüestradas porque, depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, serão avaliadas e leiloadas. O que não couber ao lesado ou terceiro de boa-fé é recolhido ao Tesouro Nacional.

E quando se tratar de direito à restituição duvidosa? É o próximo item a ser estudado.

por não se configurar a infração prevista em qualquer dispositivo legal, cumpre-lhe devolver a arma a seu legítimo proprietário, tanto mais que estava este autorizado, por força do registro, a tê-la em casa” (RTJ 57/148). TJSP: “A perda em favor da União será decretada em relação ao *instrumenta sceleris* de uso ilícito, na forma do art. 74, II, a, do CP, tanto que só a ele faz menção o art. 122 do CPP. Há necessidade, pois, de nexos etiológico entre o delito e o objeto utilizado para sua prática” (RT 559/319).

³⁷⁷ Neste sentido: TJSP RT 577/353.

³⁷⁸ Nesse ponto, o direito penal português é idêntico ao brasileiro, utilizando o verbete “perda de vantagens”, conforme artigo 111º nº 2 e 3, verbis: “Art. 111º. 2. São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa-fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido directamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie. 3. O disposto nos números anteriores aplica-se às coisas ou aos direitos obtidos mediante transacção ou troca com as coisas ou direitos directamente conseguidos por meios do facto ilícito típico”.

5.1.2 Direito à restituição duvidosa

Cabe, agora, analisar o disposto no artigo 120 do Código de Processo Penal e realçar as diferenças e semelhanças com o direito português.

O artigo em comento está assim redigido:

A restituição, quando cabível, poderá ser ordenada pela autoridade policial ou juiz, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante.

§1º. Se duvidoso esse direito, o pedido de restituição autuar-se-á em apartado, assinando-se ao requerente o prazo de 5 (cinco) dias para a prova. Em tal caso, só o juiz criminal poderá decidir o incidente.

§2º. O incidente autuar-se-á também em apartado e só a autoridade judicial o resolverá, se as coisas forem apreendidas em poder de terceiro de boa-fé, que será intimado para alegar e provar o seu direito, em prazo igual e sucessivo ao do reclamante, tendo um e outro 2 (dois) dias para arazoar.

§3º. Sobre o pedido de restituição será sempre ouvido o Ministério Público.

§4º. Em caso de dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono, o juiz remeterá as partes para o juízo civil, ordenando o depósito das coisas em mãos de depositário ou do próprio terceiro que as detinha, se for pessoas idônea.

§5º. Tratando-se de coisas facilmente deterioráveis, serão avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado, ou entregues ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade.

A legislação processual brasileira permite à autoridade policial, na fase do inquérito, ou ao juiz, decidir, mediante simples termo nos autos, sobre pedido de restituição, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante. O juiz, antes de deferir ou não o pedido, dará vista ao Ministério Público, conforme prevê o artigo 120, §3º, sob pena de nulidade.³⁷⁹

A legislação processual portuguesa elenca os atos exclusivos praticados, ordenados ou autorizados pelo juiz da instrução no artigo 268º e 289º do Código de Processo Penal³⁸⁰.

³⁷⁹ Neste sentido TJSP, RT 515/432.

³⁸⁰ A propósito, eis os dois dispositivos: “Art. 268º. 1. Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução: a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de argüido detido; b) Proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de agarantia patrimonial, à excepção da prevista no artigo 196º, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público; c) Proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos dos artigos 177º, n.º 3, 180º, n.º 1 e 181º; d) Tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do artigo 179º, n.º 3; e) Declarar a perda, a favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277º, 280º e 282º; f) Praticar qualquer outro actos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução. 2. O juiz pratica os actos referidos no número anterior a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do argüido ou do assistente. 3. O requerimento, quando proveniente do Ministério Público ou de autoridade de polícia criminal, não está sujeito a

Por outro lado, o artigo 270^{o381} permite que o Ministério Público delegue aos órgãos de polícia criminal o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito, excetuando-se, obviamente, os atos que são de competência exclusiva do juiz da instrução (art. 268^o e 269^o), bem como os enumerados no n. 2 do artigo 270^o.

Nas exceções não consta a restituição dos objetos apreendidos, donde se conclui que, aos órgãos de polícia criminal – assim entendidos “todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer atos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados” pelo próprio Código, nos termos do artigo 1^o, n. 1 –, também é permitido proceder à restituição. Nada obsta, como é óbvio, que o pedido seja apreciado pelo juiz da instrução ou pelo Ministério Público.

É certo que o legislador processual português determinou, no artigo 178^o, n. 6, que “os titulares de bens ou direitos objeto de apreensão podem requerer ao juiz da instrução a modificação ou revogação da medida”. A competência aqui é exclusiva do juiz da instrução, porém não é o caso propriamente de restituição de coisa apreendida por não mais interessar ao processo, mas sim de modificação ou revogação da medida de apreensão formulada pelo titular de bens ou direitos objeto de apreensão. Neste caso, conforme a parte

quaisquer formalidades. 4. Nos casos referidos nos números anteriores, o juiz decide, no prazo máximo de vinte e quatro horas, com base na informação que, conjuntamente com o requerimento, lhe for prestada, dispensando a apresentação dos autos sempre que a não considerar imprescindível”. e “Artigo 269. 1. Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar: a) Buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177^o; b) Apreensões de correspondência, nos termos do artigo 179^o, n^o 1; c) Interceptação, gravação ou registro de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187^o e 190^o; d) A prática de quaisquer outros actos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução. 2. É correspondentemente aplicável o disposto nos n. 2,3 e 4 do artigo anterior”.

³⁸¹ A propósito eis o artigo 270^o “1. O Ministério Público pode conferir a órgãos de polícia criminal o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito. 2. Exceptuam-se do disposto no número anterior, além dos actos que são da competência exclusiva do juiz de instrução, nos termos dos artigos 268^o e 269^o, os actos seguintes: a) Receber depoimentos ajuramentados, nos termos do artigo 138^o, n^o 3, segunda parte; b) Ordenar a efectivação de perícia, nos termos do artigo 154^o; c) Assistir a exame susceptível de ofender o pudor da pessoa, nos termos do artigo 172^o, n. 2, segunda parte; d) Ordenar ou autorizar revistas e buscas, nos termos e limites do artigo 174^o, n. 3 e 4; e) Quaisquer outros actos que a lei expressamente determinar que sejam presididos ou praticados pelo Ministério Público. 3. O Ministério Público pode, porém, delegar em autoridades de polícia criminal a faculdade de ordenar a efectivação de perícia relativamente a determinados tipos de crime, em caso de urgência ou de perigo na demora, nomeadamente quando a perícia deva ser realizada conjuntamente com o exame de vestígios. Exceptuam-se a perícia que envolva a realização de autópsia médico-legal, bem como a prestação de esclarecimentos complementares e a realização de nova perícia nos termos do artigo 158^o. 4. A delegação a que se refere o n. 1 pode ser efectuada por despacho de natureza genérica que indique os tipos de crime ou os limites das penas aplicáveis aos crimes em investigação.”

final do artigo 178º, n. 6, que manda aplicar o artigo 68º, n. 5, o incidente pode correr em separado, assemelhando-se, neste ponto, com o direito processual brasileiro.

Uma questão interessante diz respeito à competência do juiz criminal para apreciar o pedido. Tanto no direito brasileiro quanto no português, para que a competência seja do juiz criminal se faz mister que a restituição esteja entrelaçada com algum inquérito policial ou ação penal que visem apurar a prática de uma infração penal. Se a apreensão foi realizada apenas pelo poder de polícia, sem qualquer vínculo com infração penal, a competência é do juízo cível.³⁸²

Ainda que proferida sentença absolutória, não são restituíveis as coisas apreendidas sem que alguém se apresente como dono.

Conforme a legislação processual brasileira, se há dúvidas acerca do direito à restituição, o pedido do reclamante deve ser autuado em apartado, concedendo-se ao requerente o prazo de cinco dias para a prova. Trata-se de processo incidente, que, embora seja de execução de ordem meramente administrativa, deve obedecer, por força de lei, ao princípio do contraditório, cuja competência para a decisão é exclusiva do juiz.

Igual procedimento é determinado quando as coisas foram apreendidas em poder de terceiro de boa-fé. Neste caso, ele é intimado para, no prazo de 05 (cinco) dias, alegar e provar seu direito. Ao requerente e ao terceiro de boa-fé é concedido idêntico prazo para apresentar as respectivas razões: 02 (dois) dias.

Se o requerente for o próprio terceiro de boa-fé, hipótese perfeitamente possível, haverá a inversão da ordem, ou seja, ele provará e arazoará em primeiro lugar.

No direito português, não há disposições semelhantes.

O reconhecimento de que tenha agido de “boa-fé” é de suma importância para o terceiro, porque terá o direito de, como depositário, permanecer na posse da coisa

³⁸² Neste sentido TAMG: “Ao juízo criminal não é dada competência para aniquilar ato ilegal praticado por agentes da polícia administrativa, competindo ao juízo cível o seu julgamento” RT 661/322 e TACRSP: “A restituição de coisa apreendida somente poderá ser apreciada pela Justiça criminal, como se depreende do art. 120 do CPP, quando estiver entrelaçada com algum inquérito policial ou ação penal que visem a apurar crime ou contravenção” RT 624/330.

apreendida até que a dúvida sobre a propriedade seja resolvida no juízo cível.³⁸³

Outra importante conseqüência para a procedência ou não da restituição diz respeito à classificação do crime de que a pessoa foi vítima. Se se trata do crime de furto, o legislador concede a reivindicação. Contudo, se se trata de terceiro de boa-fé, adquirente de coisa objeto de estelionato, ele deve, por força da segurança do comércio jurídico, ter seu direito preservado. Neste caso, à vítima só cabe buscar a reparação por meio de ação civil adequada contra seu autor.³⁸⁴

O Ministério Público e os interessados devem, sob pena de nulidade, ser ouvidos sobre a realização de qualquer prova. Encerrada a instrução e após a oitiva das partes, o juiz profere a decisão. Se o juiz se convence do direito do requerente, deferirá a ele a restituição da coisa apreendida. Se, no entanto, lhe pairar dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono, indeferirá o pedido, encaminhando as partes para o juízo cível³⁸⁵.

É admissível pedido de revisão criminal em relação a bens confiscados? No artigo 621 e seus incisos, do Código de Processo Penal, não se encontra prevista hipótese de pedido de restituição de bens confiscados. Logo, não pode ser apreciado por meio de revisão criminal³⁸⁶.

No caso de o juiz remeter as partes ao juízo cível, a lei faculta ao presidente do processo a escolha do depositário: em mão do depositário oficial ou do próprio terceiro que as detinha.

No direito brasileiro tem-se entendido, a princípio, que não cabe mandado de segurança da decisão que indefere pedido de restituição, conforme o teor da súmula 267 do STF: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. Contudo, o próprio STF tem abrandado o teor desta súmula, na hipótese de advir, do ato

³⁸³ Neste sentido TJSP RT 546/341.

³⁸⁴ Neste sentido: RT 631/328.

³⁸⁵ É praticamente pacífico que, neste caso, cabe apelação, porque, embora não seja em essência definitiva - porque se limita a remeter os interessados à jurisdição civil -, a decisão é formalmente definitiva, já que impede a possibilidade de solução perante a justiça criminal. É de se aplicar, assim, o artigo 596, II, do CPP. Neste sentido: TJSP 525/334 e TARS JTACRGS 64/101.

³⁸⁶ Neste sentido: TJSC JCAT 74/619.

impugnado, dano irreparável ao impetrante, admitindo, assim, mandado de segurança contra decisão judicial que comporta recurso ou correição³⁸⁷. Caso não seja possível o mandado de segurança, o caminho a ser seguido é o recurso de apelação.

Tratando-se de coisas perecíveis, o julgador deve tomar as providências determinadas pelo artigo 120, §5º do Código de Processo Penal. Se, contudo, assim não agir e for omissivo, o proprietário dos produtos perecíveis deve impetrar mandado de segurança para resguardar seu direito à pronta restituição, a fim de evitar o perecimento das coisas, sem prejuízo da ação penal em curso³⁸⁸.

No direito português, conforme tivemos oportunidade de analisar nos itens 4.1.5.1 e 4.1.5.2, o legislador trata da matéria no artigo 185º do Código de Processo Penal, incluindo, além das coisas perecíveis ou deterioráveis, as coisas perigosas, como, por exemplo, armas.

5.1.3 Coisas adquiridas com o proveito da infração

O artigo 121 do Código de Processo Penal brasileiro dispõe:

No caso de apreensão de coisa adquirida com os proventos da infração, aplica-se o disposto no artigo 133 e seu parágrafo.

Vê-se, de plano, que o dispositivo está mal posto no Código de Processo Penal, uma vez que o capítulo V trata da restituição das coisas apreendidas. A apreensão está regulada no capítulo XI, em conjunto com a busca – o que também merece críticas, visto que melhor seria que o instituto da apreensão fosse tratado isoladamente –; logo, as disposições do artigo 121 deveriam estar elencadas nesse capítulo.

Esse dispositivo deve ser conjugado com o artigo 91, II, “b” do Código Penal, que determina, como feito da condenação, a perda, em favor da União, de “qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”,

³⁸⁷ Neste sentido: TJSP RT 592/321

³⁸⁸ Neste sentido: RJDTACRIM 23/279.

exceto o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé. Nessa hipótese, o bem deve ser “seqüestrado”, conforme o artigo 125, e não apreendido. Se o réu for condenado, o objeto será vendido em leilão público e, do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé; se for absolvido ou extinta a sua punibilidade, o bem será devolvido (conforme artigo 133 e seu parágrafo único). Não são aplicáveis, portanto, as disposições do artigo 120.

Por fim, deve ser acentuado que não cabe pedido de restituição quando as coisas reclamadas pelo requerente não constituem produto direto do crime, mas coisas adquiridas com os proventos da infração.

O direito processual penal português contempla, no art. 178º, n. 1, hipótese semelhante à que consta no artigo 121 do Código de Processo Penal do Brasil, determinando a apreensão dos objetos que constituírem produto, lucro, preço ou recompensa de um crime.

No próximo item, estuda-se a decretação da perda em favor da União.

5.1.4 Decretação da perda em favor da União

O artigo 122 do Código Processual Penal do Brasil dispõe:

Sem prejuízo do disposto nos arts. 120 e 133, decorrido o prazo de 90 (noventa) dias, após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz decretará, se for caso, a perda, em favor da União, das coisas apreendidas (art. 74, II, *a e b* do Código Penal) e ordenará que sejam vendidas em leilão público.

Conforme já tivemos oportunidade de mencionar, nos termos do artigo 91, II, “a” e “b” do Código Penal, que substituiu o artigo 74, acima referido – ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, decorrido o prazo de 90 dias após transitar em julgado a sentença condenatória, caso não tenha sido pedida à restituição dos bens apreendidos (artigo 120) ou não tenha sido revogado o seqüestro (artigo 131), o juiz deverá decretar a perda deles em favor da União, a fim de serem vendidos em leilão público.

Deduzido o que pertence ao lesado ou terceiro de boa-fé, o saldo deve ser recolhido ao tesouro nacional.

No direito português, disposição semelhante encontra-se em lei esparsa, qual seja Decreto-lei 12.487 de 14 de outubro de 1926, que ainda se encontra em vigor. Conforme o artigo 14 do referido Decreto-lei, todos os objetos e todas as quantias que, embora não tenham sido declarados perdidos a favor do Estado, não sejam reclamados por quem de direito no prazo de três meses depois do transito em julgado da decisão, prescrevem em favor da Fazenda Nacional.³⁸⁹

Feitas estas considerações sobre a decretação da perda, impõe-se pesquisar acerca do destino dos objetos apreendidos e não reclamados. É o que se vê a seguir.

5.1.5 Destino dos objetos apreendidos e não reclamados

O artigo 123 do Código de Processo Penal brasileiro dispõe:

Fora dos casos previstos nos artigos anteriores, se dentro no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data em que transitar em julgado a sentença final, condenatória ou absolutória, os objetos apreendidos não forem reclamados ou não pertencerem ao réu, serão vendidos em leilão, depositando-se o saldo à disposição do juízo de ausentes.

Apreendidos os objetos, seja por força do artigo 6º, seja pelo artigo 240 do Código de Processo Penal, eles devem, desde que deixem de interessar à instrução da causa, ser restituídos, nos termos do artigo 120 do Código de Processo Penal, ao seu legítimo dono ou possuidor, – ainda que este seja o acusado –, se, evidentemente não forem confiscáveis ou objetos de seqüestro.

Caso os interessados não formulem a reclamação até se completarem noventa dias da data em que passar em julgado a sentença final, seja condenatória, seja absolutória, os objetos deverão ser vendidos em leilão público. O produto será depositado à disposição do juízo de ausentes.

Como se pode notar, esse artigo veio regular uma situação de hiato que poderia haver no caso de não confisco de bens apreendidos por ausência de comprovação de

³⁸⁹ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de processo penal anotado**. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 394.

sua ligação com o crime, e ainda não reclamado em tempo oportuno pelo legítimo proprietário ou possuidor. Essa situação é mais comum ocorrer nos crimes de tráfico de entorpecente, especialmente em veículos em que o legítimo proprietário deixa de requerer a restituição a fim de evitar eventual ligação com a atividade ilícita de mercância de substância entorpecente.

O prazo de noventa dias, conforme Bento de Faria, citado por Eduardo Espínola Filho³⁹⁰, não é prescricional.

Mesmo após efetuado o depósito à disposição do juízo de ausentes, pode-se efetuar o seu levantamento por quem provar o seu direito. Ainda que escoado o prazo de 90 (noventa) dias, fixado no artigo 123 do Código de Processo Penal, será possível ao titular do direito promover, por outro meio, a restituição, desde que não tenha ocorrido a decadência³⁹¹.

Se decorrido, contudo, tempo suficiente para a decadência do direito de reivindicação, sem que alguém se habilite para reclamar a entrega, operar-se-á a vacância. Passará, então, o valor apurado a pertencer a União (e não aos Estados), conforme artigos 122 do Código de Processo Penal e 91, inciso II, alíneas “a” e “b” do Código Penal³⁹².

Em Portugal, são divididos em partes iguais (50%) os valores e o produto de venda de objetos apreendidos em processo penal e declarados perdidos a favor do Estado para a Direção-Geral dos Serviços Prisionais (Fundo de Fomento e Assistência Prisional) e para o Instituto de Reinserção Social.

Conforme mencionado anteriormente, o prazo é de três meses (artigo 14º do Dec. Lei 12.487 de 14.10.1926).

Diferentemente do que ocorre no Brasil, em Portugal tem se entendido que

³⁹⁰ ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal anotado**. Atualizado por SILVA, José Geraldo e LAVORENTI, Wilson. Campinas: Broohseller, 2000. p. 420. v. II.

³⁹¹ ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal anotado**. Atualizado por SILVA, José Geraldo e LAVORENTI, Wilson. Campinas: Broohseller, 2000. p. 421. v. II.

³⁹² Para melhor compreensão: Artigo 91, II, *a e b* do CP: “São efeitos da condenação: II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.”

esse prazo é prescricional³⁹³.

Por fim, a seguir dedica-se a investigação sobre a inutilização dos instrumentos do crime.

5.1.6 Inutilização dos instrumentos do crime

No direito processual penal brasileiro, o artigo 124 tem a seguinte redação:

Os instrumentos do crime, cuja perda em favor da União for decretada, e as coisas confiscadas, de acordo com o disposto no art. 100 do Código Penal³⁹⁴, serão inutilizados ou recolhidos a museu criminal, se houver interesse na sua conservação.

Os objetos confiscados que não podem licitamente ser fabricados, possuídos, transportados, usados ou alienados, serão inutilizados – no mesmo sentido preconiza a lei de entorpecentes, n. 11.343/06, no artigo 32 – exceto se a sua conservação for de interesse para algum museu criminal.

Júlio Fabbrini Mirabete³⁹⁵ lembra que “O artigo 100 na redação original do Código Penal previa o confisco dos instrumentos e produtos do crime quando não apurada a autoria. Inexistente tal norma, e efetuada a busca e apreensão (art. 6º, II e 140 do CPP), o produto deve ser vendido em leilão (art. 123) e os instrumentos do crime destruídos (art. 124)”.

Em Portugal, os objetos apreendidos que venham a ser declarados perdidos em favor do Estado, mesmo tratando-se de armas, munição, viaturas ou equipamentos de telecomunicação ficam “afectos” à mesma instituição quando para ela tenham interesse, conforme expressamente previsto no artigo 156º, nº 01, alínea “b”, do Dec.lei nº 295-A/90, de 21 de setembro.

³⁹³ Conforme Ac. RL de 18 de junho de 1999, CJ XXXI, Tomo 3, 150, e parecer da PGR 24/66, BMJ, 164, 163 e seguintes, citados por GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de processo penal anotado**. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 390 e 394.

³⁹⁴ A referência aqui é feita ao dispositivo original do Código Penal não reproduzido na nova Parte Geral do mesmo Código.

³⁹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 7ª ed. São Paulo: Atlas. p. 365.

CONCLUSÕES

1. A realização do presente estudo possibilitou entender que a liberdade é a idéia norteadora do pensamento político moderno. Sua primeira proposição traduz-se em estabelecê-la e assegurá-la e o reconhecimento da liberdade só pode ser feito por meio das liberdades. Só com a análise da formação histórica dessas liberdades, já que somente com a avaliação do lento processo pelo qual se deu a aquisição das liberdades, é que se consegue compreender a sua significação exata.
2. O embate entre as vertentes jusnaturalistas e positivistas marcou profundamente a Filosofia do Direito desde o século XIX, quando realmente emergiu a doutrina do positivismo jurídico como reação aos extremos alcançados pelos teóricos do Direito Natural. Como se sabe, a idéia de personalidade jurídica apenas vem a encontrar tutela no ordenamento a partir do supracitado século, o mesmo podendo ser dito quanto aos direitos da personalidade, tendo estes sido objeto de estudo nos séculos anteriores, sob a máscara do que hoje podem ser entendidos como direitos humanos ou direitos políticos.
3. Tendo a idéia de ‘pessoa’ atravessado toda a trajetória relatada neste estudo, cumpre então ressaltar o posicionamento de tal conceito dentro da história mais recente da Filosofia do Direito. Essa história foi marcada pelo antagonismo entre a concepção jusnaturalista, pautada em valores inerentes à figura humana, independentemente estes de posterior acolhimento pelo ordenamento legal, e a concepção positivista, que compreende os direitos do indivíduo como aqueles prescritos na letra da lei, não se admitindo a interferência de valores por demais abstratos como ‘justiça’ ou ‘liberdade’ na aplicação da norma jurídica. O papel desempenhado pelo conceito de personalidade e os direitos desta advindos ocupa, dentro do campo jusfilosófico, ponto de irremediável importância.

4. O racionalismo dominante durante os séculos XVII e XVIII defendeu bravamente a figura do indivíduo pautado na noção de pessoa política, associando esta à noção de pessoa enquanto sujeito moral, criada dentro da dogmática cristã. Tal defesa, cumpre ressaltar, esteve sempre balizada na idéia de um Direito Natural, não mais sentida pelo fiel como uma graça divina, mas sim perceptível pelo filósofo como originária do intelecto humano. A observação racional da condição humana traria então a constatação irrefutável da existência de direitos que estariam acima da ordem legal. O jusnaturalismo teológico era substituído pela Escola de Direito Natural, sendo este racionalista e subjetivista.

5. A mais personalista das filosofias modernas é sem dúvida a kantiana, que atribui ao Direito uma concepção racional, que possui como objeto a liberdade. Proclama Kant a preeminência e a dignidade da pessoa humana, admitindo-se mais do que a existência de direitos humanos, mas de um único Direito natural da personalidade, compreendendo todos os demais direitos inatos do homem. A Idade Moderna assistiu à proliferação das proteções aos chamados direitos individuais, protegendo-se o homem individualmente considerado, em relação a um Estado opressor.

6. As concepções jusnaturalistas permaneciam predominantes nos escritos do século XVII e XVIII, visto que ainda estavam em pauta temas como o Estado de Natureza, hipótese clássica de investigação jusnaturalista, o conceito de lei natural e o próprio contrato social. Sobre a atmosfera de produção do pensamento jurídico que marcou o século XVIII.

7. Dados os extremos alcançados pelo jusnaturalismo e a insegurança jurídica que provocou a admissão de direitos não necessariamente escritos, surge o positivismo jurídico, como

uma derivação do movimento positivista que entretinha a filosofia do século XIX. O positivismo jurídico em si nasceu do impulso histórico para a legislação, tomando a lei como fonte exclusiva do Direito.

8. Aplicando no campo jurídico algumas concepções do positivismo filosófico, no qual há uma imensa valorização da experiência como método para o conhecimento verdadeiro, o positivismo jurídico afastou do universo do Direito a discussão sobre os juízos de valor, como a justiça por exemplo. Não que, para os positivistas, aqueles não existissem; tão somente eles não deveriam figurar no espaço jurídico, constituído pelo ordenamento posto pelo Estado dentro dos ditames formais. A problemática dos valores deveria ficar à encargo dos filósofos, jamais dos juristas.

9. O Direito contemporâneo assiste hoje à derrocada dessa concepção legalista por demais e restritiva da idéia de pessoa, particularmente no que diz respeito aos direitos da personalidade. As Constituições de grande parte dos países que hoje compreendem a urgência de se proteger o homem tutelam tais direitos e criam mecanismos para que não sejam desrespeitados. Assim como havia ocorrido com o jusnaturalismo, o positivismo também se excedeu, tornando-se mais que fremente a sua diluição em concepções legais e práticas judiciais mais humanísticas.

10. O reconhecimento de direitos “*impostergáveis*”, que se impõem ao poder do Estado – agora sob a nuance de não ser mais ilimitado –, é obra da doutrina cristã, que, desde a Idade Média, é responsável pelo aparecimento dos primeiros documentos onde se mencionam direitos opostos ao monarca.

11. No que diz respeito à expressão “liberdades públicas”, assinale-se que é de origem

recente, sendo consagrada, como que por um paradoxo, por ocasião do golpe de Estado ocorrido na França, na noite de 02 de dezembro de 1851, e levado a efeito pelo Príncipe Napoleão Bonaparte.

12. Recorde-se que aqui foi demonstrado que a teoria das gerações dos direitos fundamentais não é correta. As críticas desenvolvidas não tiveram, logicamente, a pretensão de desmerecer por completo a teoria. Pelo contrário. Pretendeu-se, apenas, apresentar alguns equívocos e perigos que ela pode acarretar para a concretização dos direitos considerados de gerações subseqüentes.
13. Saliente-se que é fundamental a busca do reconhecimento de novos direitos, bem como que se tenha a consciência de que os direitos fundamentais não são valores imutáveis. Nesse ponto, a teoria facilita a compreensão do processo evolutivo dos direitos fundamentais, embora essa evolução demonstrada pela teoria não se aplique a todas as situações históricas.
14. A liberdade sem o mínimo de igualdade pouco vale. Do mesmo modo, de nada adianta a igualdade se não há garantia de liberdade. A luta pela efetivação dos direitos fundamentais deve englobar todos esses direitos e não apenas os de uma determinada “geração”, como se essa efetivação devesse ocorrer de forma progressiva de uma geração para outra.
15. Se não houver uma intervenção estatal para promover a distribuição da riqueza, buscando a redução das desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, da CF/88), por meio da concretização dos direitos sociais e econômicos, sobretudo para as pessoas mais carentes, a prometida “neo-liberdade” não passará de instrumento de escravização branca. Daí porque é cada

vez mais importante quebrar essa dicotomia entre direitos de liberdade e direitos de igualdade, tratando todos os direitos fundamentais como valores indivisíveis e interdependentes.

16. A história dos direitos fundamentais é, de certa forma, a história da limitação do poder³⁹⁶.
17. Na atual fase de evolução da hermenêutica constitucional, a busca da máxima eficácia das normas constitucionais, ante as circunstâncias de cada caso, é o principal caminho que o intérprete e aplicador do direito deve trilhar, sobretudo quando se trata de normas definidoras de direitos fundamentais, que, por força do §1º, do art. 5º da Constituição, têm aplicação imediata.
18. Toda vez que o Estado for impor pena, medida de segurança ou medida que limite a liberdade física individual, com a busca e apreensão, o processo penal deve servir como escudo, o anteparo, a proteção do indivíduo, porquanto só assim será possível equilibrar, na justa medida, o arbítrio estatal, a liberdade e a segurança jurídica. Essa é a prerrogativa do ser humano enquanto racional e livre.
19. Tendo em vista que, quando positiva a revista, seu resultado pode dar origem ou integrar atos processuais relevantes, o estudo comparativo da busca pessoal do direito brasileiro com a revista do direito português tem por objetivo demonstrar o atraso de tão importante instituto no direito nacional, que, com a constituição garantista de 1988, exige um regramento detalhista e completo. É necessário que o Código de Processo Penal elenque, de modo claro, objetivo e direto, as possibilidades da busca pessoal, tal qual fez o legislador lusitano.

³⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 36.

20. Urge também que seja disciplinada a busca realizada pela polícia por ocasião do exercício da função preventiva, com rigorosa punição aos infratores que não atendem ao preceito legal.
21. Deve ser extirpada do direito brasileiro a possibilidade de busca por meras e vagas suspeitas, exigindo, tal qual no direito italiano, “fundados indícios” ou, como no direito português, “fundados motivos”.
22. Há premente necessidade de se estabelecerem regras normativas referentes à apreensão de coisa, papéis e documentos, sempre que tais estejam em poder de pessoas que as possuam por força do cargo ou função e sujeitos a sigilo profissional.
23. É admissível a prova emprestada, desde que presentes dois requisitos: que a produção tenha sido formada entre as mesmas partes, ou, pelo menos, em processo no qual tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova; que haja o princípio do juiz natural.
24. A prova é ilegítima quando se trata de proibição posta por uma lei processual e ilícita, quando se trata de proibição de natureza material.
25. A revista prevista na legislação processual penal portuguesa é idêntica à busca pessoal do legislador processual penal brasileiro: é uma diligência que se realiza em pessoas. Só é justificável a revista quando se indicia que a pessoa visada oculta objetos relacionados com o crime ou susceptíveis de lhe servirem de prova.

26. No direito brasileiro, a doutrina, em geral, não conceitua a apreensão apartada da busca, porque aquela é vista, para a grande maioria, como finalidade desta, o que resulta num equívoco, porquanto a apreensão não é apenas coercitiva, mas também espontânea, no caso de livre apresentação ou exibição.
27. A busca, no direito brasileiro, é pessoal ou domiciliar. Além dessas, a doutrina tem entendido outras modalidades, como a busca em veículos, em lugar público e em lugar resguardado pelo segredo ou sigilo (escritório de advocacia, estabelecimento comercial e casa particular ou oficial de diplomatas). O legislador português tratou o instituto em três modalidades: a revista, a busca e a busca domiciliar, tratando, ainda, das buscas realizadas em escritório de advogado, consultório médico e estabelecimento oficial de saúde, especificadamente.
28. A inspeção corporal difere da revista porque é realizada pelo próprio juiz e tem como objetivo a verificação do corpo humano vivo (suspeito, vítima ou terceiros) ou morto, semovente, coisa e lugar, servindo como prova ou meio de obtenção de prova, enquanto a revista, que necessariamente não precisa ser realizada pela autoridade judiciária, procura alg, no corpo, nas vestes e pertences que possa servir ou não de prova.
29. A Constituição portuguesa, diferentemente da brasileira, consigna expressamente o direito de resistência contra violações de direito, liberdades e garantias.
30. A legislação processual penal portuguesa, no que toca a revista, busca e apreensão, é mais bem estruturada que a brasileira, porque trata os três institutos separadamente e de forma disciplinada.

31. O rol do artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal brasileiro não é taxativo.
32. No direito brasileiro e no português, a busca pessoal ou revista, com mandado judicial, não precisa, necessariamente, ser executada durante o dia, exceto se o varejamento implicar o ingresso na casa da pessoa contra quem o mandado foi expedido.
33. Por força da Constituição brasileira e portuguesa, na realização da revista deve-se respeitar a integridade física e moral contra quem a medida é realizada.
34. Para intromissão na esfera individual, a fim de realizar a revista, o fundamento exigido deve ser mais do que a simples suspeita e menos do que a evidência que justificaria a certeza.
35. Em situações excepcionais, como expressamente previsto no direito português (casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada), é legítima a realização de revista sem prévia decisão da autoridade judiciária, devendo, sob pena de nulidade do ato, ser imediatamente comunicada ao juiz de instrução, para apreciação e validação. No caso de busca – exceto as domiciliárias – há como que um alargamento porque, além destas hipóteses, há ainda as previstas no art. 251, n. 1, do Código de Processo Penal português.
36. O direito brasileiro exige, para a busca, requisito subjetivo – fundada suspeita –, enquanto o direito português exige, para a revista, requisito objetivo – fundados indícios. Assim o direito lusitano encontra-se, neste ponto, mais avançado que o brasileiro.
37. Deferida a busca domiciliar, resta também autorizada a revista.

38. O direito processual penal brasileiro é, diferentemente do português, expresso no sentido de que a revista em mulher deverá ser realizada por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.
39. A legislação processual portuguesa é, diferentemente da brasileira, minuciosa quanto às formalidades da revista e da busca.
40. O princípio da proporcionalidade deve ser o principal critério utilizado para nortear a ação da polícia na determinação de realizar revistas.
41. No direito português, as revistas e as buscas, como medidas de exceção, estão sujeitas a rigoroso e apertado condicionalismo.
42. O Código de Processo Penal brasileiro não definiu em que consiste a busca domiciliar. O legislador português, além de defini-la, enquadrou a busca em escritório de advocacia, em consultório médico e em estabelecimento de saúde no mesmo artigo em que trata da busca domiciliar, em decorrência da importância das pessoas que exercem a respectiva profissão.
43. Em Portugal, o Código de Processo Penal permite, em hipóteses excepcionais – art. 174º, alíneas *a)* e *b)*, que o Ministério Público ordene a busca domiciliar, ou que ela seja efetuada diretamente pelos órgãos de polícia criminal, mas deve ser, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao juiz de instrução para apreciação.
44. Tanto a Constituição brasileira quanto a portuguesa são taxativas no que se refere às hipóteses permissivas de entrada em casa alheia. Assim, permite-se a busca domiciliar

com autorização judicial e sem autorização judicial: mediante livre e expreso consentimento do morador; em caso de flagrante delito, quando realizada pela própria autoridade judiciária.

45. O legislador português foi taxativo ao estabelecer o horário em que pode ser efetuada a busca domiciliar: das 7 as 21 horas. O legislador brasileiro não definiu.
46. Em se tratando de habitação coletiva, o consentimento de um dos moradores não autoriza a busca na casa ou aposento de terceiros.
47. No direito português, a busca em escritório de advocacia, consultório médico e estabelecimento de saúde exige, sob pena de nulidade, a comparência do juiz e a prévia comunicação, por qualquer meio, ao presidente do Conselho local da respectiva ordem, para que ele ou um delegado seu possa comparecer. No direito brasileiro, em lei esparsa, faz-se referência à busca em escritório de advogado, exigindo apenas que a busca ou apreensão seja determinada por magistrado e acompanhada por representante da OAB.
48. Em Portugal, a lei esparsa que trata do consumo de estupefacientes não estipulou regra de procedimento quanto à revista, devendo ser aplicadas as normas do Código de Processo Penal.
49. Em Portugal, a Lei Tutelar Educativa, também esparsa, determina que a revista em menor deve ser efetuada num local reservado, a fim de evitar constrangimentos à pessoa do menor, bem como preservar sua identidade.
50. Em Portugal, no caso de buscas e revistas no âmbito de realizações cívicas, políticas,

religiosas, artísticas, culturais ou desportivas, em razão do perigo comum à população, o legislador exigiu o requisito “fundada suspeita”. Em caso de manifestações de violência associada ao desporto, autorizou a revista “sempre que tal se mostre necessário”.

51. No Brasil, o artigo 3º, §§ 1º e 2º da lei 9034/95, que permite ao juiz, pessoalmente, efetuar diligências é inconstitucional (foi objeto de ADIN), porque fere a imparcialidade do juiz e vulnera o modelo acusatório.
52. A apreensão é um ato do processo penal que objetiva a constrição, em geral coercitiva, de coisas, semoventes ou pessoas, de quem as retém ou detém, a fim de auxiliar na instrução da causa.
53. A apreensão, no processo penal, não tem única natureza jurídica, ou melhor, apresenta natureza jurídica variada, multifacetada e sua classificação une-se à função que lhe destinar, podendo ser cautelar meio de prova e meio de obter prova.
54. A finalidade da apreensão é distinta da busca.
55. O Código de Processo Penal português e o brasileiro elencam as coisas capazes de serem apreendidas, a fim de atender à instrução criminal.
56. As coisas insuscetíveis de apreensão podem ser classificadas em três modalidades: a) coisas que, normalmente, delas ninguém se apropria; b) palavras proferidas; c) coisas móveis intransportáveis. As coisas que surgem cercadas de normas especiais também podem ser classificadas em três modalidades: a) coisas perecíveis; b) coisas perigosas, em si; c) papéis e documentos: correspondência ou documento sigiloso.

57. Pode ocorrer a apreensão sem que haja o pressuposto do deslocamento quando a coisa a ser apreendida encontra-se em lugar inacessível ou cuja remoção se mostre impossível.
58. O legislador brasileiro não se preocupou em estabelecer regras para a apreensão de coisas perecíveis. O legislador português dispôs apenas quanto a sua destinação, sem estabelecer regramento ao modo de apreensão e de conservação.
59. O Código de Processo Penal brasileiro, diferentemente do de Portugal, não faz qualquer referência à apreensão de coisas perigosas em si.
60. Na lei processual penal brasileira não há regras específicas para a apreensão de documentos resguardados pelo segredo ou sigilo, havendo algumas restrições apenas a partir do texto Constitucional de 1988. Em lei esparsa (EOAB), embora haja regramento, a regulamentação não resguarda a divulgação da coisa, papéis e documentos apreendidos. O legislador português preocupou-se em regram a autorização de apreensão, bem como em disciplinar normas para o apossamento de correspondência.
61. O Código de Processo Penal brasileiro apresenta-se omissivo no tocante à forma e ao modo de proceder-se à apreensão. (ver Portugal).
62. A apreensão pode-se concretizar na fase pré-processual ou processual, de cognição e de execução.
63. Na exibição voluntária, para que a apreensão seja legal, são necessários os seguintes requisitos: a licitude na obtenção da coisa exibida à autoridade policial; a necessidade de

retirá-la do poder de quem a retém; a imprescindibilidade do apossamento para a instrução do processo crime.

64. A descoberta por acaso de coisa sem relação com o fato ilícito, resultante de busca legal, mas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua outro fato ilícito, iguala-se a qualquer conhecimento de infração penal que a polícia venha a ter, daí porque a autoridade policial pode e deve efetuar a sua apreensão.
65. No direito português, as apreensões são autorizadas, ordenadas ou validadas pela autoridade judiciária. O assistente e o argüido podem requerê-la. No direito brasileiro, a autoridade judiciária pode determiná-la de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, do ofendido e do indiciado.
66. Embora não haja previsão expressa no direito brasileiro, toda vez que a apreensão ocorrer separada da busca e da exibição, torna-se imperioso concluir pela sua indispensabilidade. O direito português dispõe expressamente acerca da necessidade de mandado.
67. O direito português prevê expressamente a lavratura de auto de apreensão, diferentemente do brasileiro, que só faz referência quando se trata da busca e da apreensão.
68. Uma vez examinados e avaliados, os objetos apreendidos deixam de ser, em geral, necessários para efeito de prova.
69. Para que ocorra o confisco, é indispensável que haja um nexó etiológico entre o crime e o objeto utilizado para sua prática.

70. A perda do objeto apreendido é possível em três hipóteses: se ignorado quem seja o legítimo proprietário ou possuidor; quando estes não o reclamam; ou ainda quando constituam coisas cujo fabrico, alienação, uso porte ou detenção constitua fato ilícito.
71. Na legislação portuguesa, aos órgãos de polícia criminal também é permitido proceder à restituição. A legislação brasileira é semelhante porque permite à autoridade policial, na fase inquisitiva, proceder à restituição.
72. Se a apreensão foi realizada apenas pelo poder de polícia, sem qualquer vínculo com infração penal, a competência é do juízo cível para apreciar pedido de restituição.
73. O direito brasileiro traça o procedimento quando há dúvida acerca do direito à restituição. No direito português não há disposições semelhantes.
74. A classificação do crime é de suma importância para o deferimento ou não da restituição do objeto apreendido. Assim, se se trata do crime de furto, o legislador concede a reivindicação. Se se trata de terceiro de boa-fé adquirente de coisa objeto de estelionato, ele deve, por força da segurança do comércio jurídico, ter seu direito preservado.
75. No direito português, um decreto de 1926, que determina que todos os objetos e todas as quantias que, embora não tenham sido declarados perdidos a favor do Estado, não sejam reclamados por quem de direito, no prazo de três meses depois do trânsito em julgado da decisão, prescrevem em favor da Fazenda Nacional, ainda continua em vigor. No direito português, diferentemente do que ocorre no Brasil, tem se entendido que este prazo é prescricional.

76. No direito brasileiro, os objetos confiscados que não podem lícitamente ser fabricados, possuídos, transportados, usados ou alienados, serão inutilizados, exceto se forem de interesse para algum museu criminal. Em Portugal, os objetos que venham a ser declarados perdidos em favor do Estado, mesmo tratando-se de armas, munição, viaturas ou equipamentos de telecomunicação, ficam “afectos” à mesma instituição quando para ela tenham interesses.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JUNIOR, A. & COSTA JUNIOR, J. B. De O. Lições de medicina legal. São Paulo: Companhia Editora Nacional, nº 3, I, s.d.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições da prova em processo penal. Coimbra: Coimbra, 1992.
- ARAÚJO, Laurentino da Silva & ROCHA, Gelásio. Código de processo penal anotado e legislação complementar. Coimbra: Almedina, s.d.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômano. Seleção de textos de José Américo Mota Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- AYER, A. J. Language, truth and logic. 2. ed. New York: Dover Publications, 1964.
- AZEVEDO, Vicente de Paulo. Das buscas e apreensões. *Justitia*, 1(1): 13-9, setembro/outubro. 1939.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A nova regulamentação da identificação criminal. Boletim do instituto brasileiro de ciências criminais, São Paulo, nº 100, 2001.
- BALDUCCI, Paola. Il sequestro preventivo nel processo penale. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1991.
- BARCELLOS, Caco. Rota 66 a história da polícia que mata. 29. ed. São Paulo: Globo, 1997.
- BARROS, Marco Antônio. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: RT, 2002.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 05 de outubro de 1988), art. 5º a 17. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1 e 2.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____ Presente y porvenir de los derechos humanos. Madrid: ADH, 1981.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BURDEAU, G. Lês libertes publiques. 4. ed. Paris: Librairie générales de droit et de jurisprudence, 1972.
- CANARIS, C. W. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.

Tradução portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes & MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 3. ed. revista. Coimbra: Coimbra, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CASTRILLO, Eduardo de Urbano & MORATO, Miguel Angel Torres. La prueba ilícita penal estudio jurisprudencial. 2. ed. Elcano: Aranzadi, 2000.

CHUAUI, Marilena. Convite à filosofia. 12ª ed. São Paulo: Ática, 2001.

CÍCERO DE SÁ, José Anselmo. Liberdades públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CITERNESI, Eugenia *et al.* Dizionario fondamentale della língua italiana. Florença: Felice Monnier, 2001.

COLOMER, Juan Luis Gómez. El proceso penal alemán – introducción y normas básicas. Barcelona: Bosch, 1985.

Coleção *Le fondement des droits de l'homme* (Actes des entretiens de L'Aquila - 14-19 septembre 1964, Institut International de Philosophie), La Nuova Italia, Firenze, 1966.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2003

Constituição na visão dos tribunais. Interpretação e julgados artigo por artigo. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Gabinete da Revista. 1997. Artigos 1º a 43. São Paulo: Saraiva. v. 1.

CORDERO, Franco. Procedura penale. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1992.

CORRÊA, J. M. Sérvulo. Polícia. Dicionário jurídico da administração pública. 1994. v. VI. CORRÊA, João Conde. Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais. Coimbra: Coimbra, 1999.

[CORREIO](http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20030910/pri_mun_100903_118.htm)http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20030910/pri_mun_100903_118.htm

CRETILLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____ Liberdades públicas. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

CUNHA, José Manuel Damião da. O Ministério Público e os órgãos de polícia criminal no novo código de processo penal. Porto: APPACDM Distrital de Braga, 1993.

DA SILVA, Paulo Napoleão Nogueira, Constituição e sociedade. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

DE LUCA, Tânia Regina. *Direitos Sociais no Brasil*, p. 472. In: História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2003.

DELMANTO, Celso [et al]. Código penal comentado. 6. ed. atual e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DEMERCÍAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de processo penal. São Paulo: Atlas, 1999.

DIÁRIO DA REPÚBLICA, I série B, n. 50, de 28.02.02.

DIAS, Jorge Figueiredo. Revista portuguesa de ciência criminal. Coimbra, fascículo 2º -abril-junho 1999, Ano 9.

DICIONÁRIO HOUAISS da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. 2. ed. London: Duckworth, 1978.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal anotado. Atualizado por SILVA, José Geraldo e LAVORENTI, Wilson. Campinas: Broohseller, 2000. v. II.

_____ Código de processo penal brasileiro anotado. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. 2.

_____ Código de processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. III.

_____ Busca e apreensão. Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, s.d.

FARIA, Antonio Bento de. Código de processo penal. 2. ed. atual. Rio de Janeiro, Record, 1960. v. 1.

FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Processo penal constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERNÁNDEZ, Eusébio. Teoría de la justicia y derechos humanos. In: PÉREZ LUÑO, Antonio E. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. Madrid: Debate, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. Tradutores: Ana Paula Somer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Cavaleiro de. Curso de processo penal. Lisboa: Serviços Sociais da Universidade de Lisboa, s.d. v. II.

FERREIRA, Marques. Meios de prova. Jornadas de direito processual penal. Centro de estudos jurídicos. Coimbra: Almedina, 1988.

FIETTA, G. I provvedimenti cautelari nel processo penale. Napoli, 1940.

FLORIAN, Eugenio. Delle prove penali. Milano: Vallardi, 1924. v. 1.

FOUILLÉE, Alfred. A idéia moderna do direito: crítica dos sistemas da moral contemporânea. Porto: Chardron, s.d. v. 2.

FRANCO, Ary Azevedo. Código de processo penal. 5 ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. 1.

FRANÇA. R. Limongi. Elementos da hermenêutica e aplicação do direito. São Paulo: Saraiva, 1984.

GARRET, René. Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procedue pénale. Paris: s.n, 1912, v. III.

GOMES, Luiz Flávio. Lei de identificação criminal (nº 10054, de 07.12.00): primeiras notas interpretativas e inconstitucionalidade parcial. Coord. James Tubenchlak. Rio de Janeiro, Instituto de Direito, 2001, IV.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: RT, 1997.

GONÇALVES, Fernando & ALVES, Manuel João & VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Lei e crime – o agente infiltrado versus o agente provocador: os princípios do processo civil. Coimbra: Almedina, 2001.

GONÇALVES, M. Maia. Meio de prova. Jornadas de direito processual penal. Centro de estudos jurídicos.Coimbra: Almedina, 1998.

GONÇALVES, Manoel Maia. Código de processo penal anotado. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Código de processo penal anotado legislação complementar. 12. ed. rev. e at. Coimbra: Almedina, 2001.

GRASSI, Roberto Joacir. Busca e apreensão (processo penal). Enciclopédia saraiva de direito. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 12.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. Liberdades públicas e processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime das interceptações telefônicas. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo, 17 (5): 113-114, jan./mar. 1997.

_____. Que juiz inquisidor é este? Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 30, jun. 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GURIDI, José Francisco Etxeberria. Lãs intervenciones corporales: y valoración como prueba en el processo penal inspecciones, registros y extracción de muestras corporales. Madrid: Dykinson, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Introdução ao direito processual constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HELLER, Agnes. Teoría de las necesidades en Marx. trad. cast. de J. F. Ivars. Barcelona: Península, 1978.

HESSE, K. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HOESCHL, Hugo César. O conflito e os direitos da vida digital. Disponível on-line 1º.11.2003: http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria_Juridica/artigos/vida_digital.htm

KELSEN, Hans. Qué es Justicia?. trad. cast. de A. Calsamiglia. Barcelona: Ariel, 1982.

LATORRE, Angel. Introdução ao direito. 5. ed. Tradução Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978.

LUCCA, Giuseppe. Lineamente della tutela cautelare penale – la carcerazione preventive. Padova: Cedam, 1953.

MAC PHERSON, Crawford B. Los derechos naturales em Hobbes y en Locke. In: Revista del instituto de ciencias sociales. nº 5, 1965.

MALISKA, M. A. A influência da tópic na interpretação constitucional. Curitiba: 1998. Trabalho de conclusão da disciplina Filosofia do Direito, Mestrado, Universidade Federal do Paraná.

_____ O direito à educação e a Constituição. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho processal penal. Trad. De Santiago Sentis Melindo e Marino Ayna Ridín. Chile/Bueno Aires: Ejea, 1952. v. 3.

MARANHÃO, Odon Ramos. Curso básico de medicina legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARCOLINI, Rogério. Identificação criminal compulsória: inconstitucionalidade do inc. I do art. 3º da Lei nº 10.054, de 07.12.00. Boletim do instituto brasileiro de ciências criminais. São Paulo, nº 99, 2001.

MARQUES, José Frederico, Elementos de direito processual penal. rev e atualizada por FERRARI, Eduardo Reali. 2 ed. Campinas: Millennium, 2000. v. I.

_____. Elementos de direito processual penal. 2. ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1965. v. 2.

MARTINEZ, Soares. Comentários à constituição portuguesa de 1976. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1978.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.

MÉNDES, Francisco Ramos. *El proceso penal: lectura constitucional*. Barcelona: Bosch, 1988.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Processo penal*. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos Fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 77.

_____. *Direito humanos fundamentais – Teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e jurisprudência*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 1998. (Coleção Temas Jurídicos, v. 3).

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição como democracia*. Tese de Doutorado.

NADER, Paulo. *Introdução do estudo de direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOGUEIRA, Paulo Lucio. *Curso completo de processo penal*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

NOZICK, Robert. *State and utopia*. Oxford: Blackwell, 1974.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OPPENHEIM, F. E. *Ética y filosofia política*. México: FCE, 1976.

PARLAGREGO, Carlo. *Dizionario italiano portoguese portoguesi italiano*. São Paulo: Martins Fontes, 1968.

PATTARO, E. *Il realismo giuridico scandinavo, I*, Axel Hägerström. Bologna: Cooperativa Libreria Universitaria Editrice, 1974.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid:

Debate, 1984.

PIMENTA, José da Costa. Código de processo penal anotado. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991.

PINTO, Antonio Augusto Tolda. O novo processo penal. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991.

_____, Antônio Augusto Tolda. O novo processo penal. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1997.

PINTO, L. S. M. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da busca e da apreensão no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Do seqüestro no processo penal brasileiro. São Paulo: José Bushaisky, 1973.

_____. Sigilo nas comunicações – aspecto processual penal. Boletim do instituto brasileiro de ciências criminais. São Paulo, n. 49 (4); 08/12/1996.

POPPER, Karl. La sociedad abierta y sus enemigos. ver. cast. de E. Loedel. Buenos Aires: Paidós, 1967. v. II.

PRADO, Luiz Regis. Crimes contra o meio ambiente, 2. ed. ver. atual e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAWLS, John. Teoria de la justicia. trad. cast. de Maria D. Gonzáles. Buenos Aires: FCE, 1979.

ROSA, Inocência Borge da. Processo penal brasileiro. Porto Alegre: Globo, 1942. v. 2.

SANTOS, J. M. de Carvalho. Código civil brasileiro interpretado. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 7.

SANTOS, M. Simas & LEAL-HENRIQUES, M. Código de processo penal anotado. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. v. II.

SARDINA, José Miguel. O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988, p. 98. In: Interesse público n. 12, São Paulo: Nota Dez, 2001.

SENDRA, Vicente Gimeno. Derecho procesal: el proceso penal. Valência: Blanch, 1987. v. 1.

t. 2.

SILVA, César Dario Mariano da. Das provas obtidas por meio ilícito e seus reflexos no âmbito do direito processual penal. São Paulo: Leud, 1999.

SILVA, De Plácido e. Vocábulo jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1967. v. I.

SILVA, Germano Marques da. Código de processo penal. 2. ed. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2000. Tomo III.

_____. Curso de processo penal. 2. ed. rev e atualizada. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1999. v. II.

_____. Curso de processo penal. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1994. v.III.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SÍLVA, Ovídio A. Baptista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. Constituição e sociedade. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo criminal. 2. ed., rev. e aum., São Paulo: Magalhães, 1930.

SIRACUSANO, D. *et al.* Diritto processuale penale. Milano: Giuffrè, 1994.

SOUZA, Antônio Francisco de. Actuação policial e princípio da proporcionalidade. Revista do Ministério Público, 76, ano 19 out/dez 1998.

SOUZA, Solange Mendes de. Cooperação jurídica penal no mercosul. Novas possibilidades. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

STC 57/1994 de 28.02. GURIDI, José Francisco Etxeberria. Las iIntervenciones corporales: Su práctica y valoración como prueba em er proceso penal. Madrid: Talvium

STEVENSON, Charles. Facts and values. New Haven: Yale University Press, 1963.

TACITO, Caio. Poder de policia e seus limites. RDA, 27/1.

TORNAGHI, Hélio Bastos. Compêndio de processo penal. Rio de Janeiro José Konfino, 1967. Tomo 3.

_____. Curso de processo penal. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Instituições de processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v.3.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado. 14. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. Busca e apreensão (direito processual penal). Revista dos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 515(67), setembro 1998.

_____. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. Tese para concurso de professor titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1993, nota 18.

_____. Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 264.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Delinqüência juvenil – dos actos praticados pelos órgãos de polícia criminal no processo tutelar educativo. Infância e juventude: revista do instituto de reinserção Social, Outubro/Dezembro 2001- 04. Diretora Maria Manuela Baptista Lopes.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Novo regime legal do consumo de drogas: uma nova atitude. Revista polícia portuguesa - órgão de informação e cultura da PSP. Ano LXIV, II série, bimestral. Nº 128 março/abril 2001.

VALLE, Carlos Salido. La detención policial. Barcelona: Bosch, 1997.

VIEHWEG, T. Tópico e jurisprudência. Tradução portuguesa por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça co-edição com EdUNB, 1979.

WEBER, Max. Sociologia. 6ª. ed. São Paulo: Atica, 1997.

ZALUAR, Alba. Da revolta ao crime S.A. São Paulo: Moderna, 1996.