

A PROTEÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE NO CONTEXTO JURÍDICO NACIONAL

Bruna Borgmann

Resumo:

O princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, deve ser utilizado pelo poder público como parâmetro na resolução de conflitos estabelecidos entre os direitos fundamentais à intimidade e à segurança pública, de modo a preservar a integridade física e moral do indivíduo. Tal conduta afasta da legitimidade estatal a prática da busca e apreensão pessoal, violadora do direito individual à intimidade pessoal.

Palavras-chave:

Estado Democrático de Direito. Intimidade pessoal. Segurança pública. Direitos fundamentais. Busca e apreensão pessoal.

Abstract:

The principle of human person's dignity, in as base of the Democratic State of Right, should be used by the public power as parameter in the resolution of established conflicts among the fundamental rights to the intimacy and the public safety, in way to preserve the individual's physical and moral integrity. Such conduct moves away from the state legitimacy the practice of the personal search and apprehension, violator of the individual right to the personal intimacy.

Keywords:

Democratic State of Right. Personal intimacy. Public safety. Fundamental Rights. Searches and Apprehension Personal.

O temor do mundo em decorrência da criminalidade cada dia maior e mais violenta faz com que voltemos nossa atenção à problemática da segurança pública vinculada à concretização da cidadania.

É neste sentido que se pretende firmar a presença do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento basilar de nosso Estado Democrático de Direito, o qual deve ser utilizado pelo poder público como parâmetro na resolução de conflitos estabelecidos entre os direitos fundamentais à intimidade e à segurança pública, de modo a preservar a integridade física e moral do indivíduo.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais a que se faz menção significam, segundo a doutrina, direitos humanos positivados na Constituição, cuja trajetória acompanhou o desenvolvimento da civilização humana. Visam consagrar o respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que atribuem relevante importância aos direitos de defesa do indivíduo frente às intervenções do Estado e de terceiros na sua liberdade pessoal e de propriedade. Constituem uma garantia dos cidadãos de que seu Estado se orientará pelo respeito e pela promoção da pessoa humana e, ainda, uma garantia do funcionamento do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito baseado na democracia e na busca da autonomia individual.

Por consequência, os direitos fundamentais estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, a qual,

na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade. (Sarlet, 2001, p. 87).

A corrente majoritária da doutrina efetua a divisão dos direitos fundamentais em três gerações, sendo a primeira delas constituída por direitos do indivíduo frente ao Estado, que demarcam uma zona de não-intervenção do poder público na esfera particular do cidadão. A segunda geração dos direitos fundamentais consagra ao indivíduo o direito a prestações sociais e, conseqüentemente, exige uma atitude positiva do Estado, a fim de que este cumpra com seu papel de efetivador dos direitos dos cidadãos. E, por fim, a terceira geração revela direitos coletivos derivados do mundo atual, visando à garantia do direito à paz, ao desenvolvimento e a um meio ambiente equilibrado.

Apesar da classificação em gerações subseqüentes, os direitos fundamentais possuem características básicas comuns, que são a universalidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade. São, além disso, em sua totalidade, dotados de certo grau de eficácia e de aplicabilidade imediatas, segundo preceitua o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Isto significa dizer que os direitos fundamentais são, em regra, auto-aplicáveis, não dependendo da atuação prévia do legislador para que se apliquem ao caso concreto em sua plenitude de efeitos.

Importa, contudo, esclarecer que o quanto de aplicabilidade e de eficácia dos direitos fundamentais dependerá da análise do caso concreto. Assim, a aplicabilidade imediata e a eficácia plena são princípio geral, o qual admite exceções, visto que o “alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta”. (p. 246).

Há que se ter em mente, ainda, que os direitos de defesa, considerados subjetivos e relacionados ao dever de abstenção do Estado, possuem aplicabilidade imediata maior que os direitos sociais, pois possuem normatividade suficiente para garantir sua plena eficácia. Os direitos sociais que, em virtude de seu caráter prestacional e programático, estabelecem, na maioria das vezes, imposições ao Estado, dependem de concretização legislativa, pelo que se diz que são dotados de baixa densidade normativa.

Com a introdução de normas diretamente aplicáveis e dotadas de eficácia plena, o Estado Democrático de Direito buscou igualmente garantir a incidência dos direitos fundamentais nas relações da esfera privada e em relação a terceiros, criando a figura das garantias constitucionais, representadas, com majestade, pela norma contida no § 4º do art. 60 da Constituição Federal, a qual confere aos direitos sólida proteção constitucional, ao retirar “do alcance do legislador constituinte de segundo grau o poder de deliberar acerca de emenda porventura tendente a abolir aqueles direitos e garantias.” (Bonavides, 2001, p. 589).

Diante disso afirma-se que os direitos fundamentais são, em sua totalidade, embora em desigualdade de condições, munidos de eficácia e aplicabilidade imediatas, sendo protegidos por garantias constitucionais, o que proporciona ao indivíduo maior segurança na tutela de seus direitos.

E, em meio a essa gama de direitos fundamentais, encontram-se os direitos à intimidade e à segurança pública, tutelados pela Constituição Federal em seu art. 5º, direitos estes que assumem especial relevo quando da discussão acerca da preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana nas ações policiais diárias.

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À SEGURANÇA PÚBLICA

Reza o *caput* do art. 5º da Constituição Federal que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Neste contexto a proteção constitucional consagrada no inciso X do art. 5º, referente ao direito à intimidade, tutela a proteção constitucional à vida privada.

Trata-se de direito fundamental de primeira geração, uma vez que direito de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado, limitando a intervenção deste na vida privada. Integra igualmente a categoria de direitos de personalida-

de, possuindo natureza essencial por ser conferido à pessoa pelo simples fato de ser dotada de personalidade jurídica, “representando o mínimo capaz de garantir ao homem sua condição humana.” (Fregadolli, 1998, p.39).

A intimidade é um direito fundamental de “manifestações múltiplas: o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual, à inviolabilidade do domicílio, o direito ao segredo” (Grinover, 1982, p. 75) entre outros, uma vez que a tutela da intimidade poderá estender-se a outros atributos da personalidade. Dentre essas manifestações encontra-se o direito à intimidade pessoal, “direito personalíssimo, vinculado à pessoa humana, sendo resultado lógico dessa assertiva que a intimidade corporal constitui o primeiro e mais imediato dos domínios da intimidad pessoal.” (Pitombo, 1999, p. 81).

Há que se admitir, contudo, que o direito à intimidade pessoal, assim como todos os direitos de proteção, abre caminho a intromissões. As agressões ao direito fundamental de intimidade, seja esta pessoal ou de qualquer outra espécie, são admissíveis tão-somente em situações devidamente justificadas (Miguel, 1993), uma vez que se faz necessário “conciliar as suas naturais exigências com as exigências próprias da sociedade: a ordem pública, a ética ou moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional, etc.” (Andrade apud Pitombo, 1999, p. 60).

Como uma forma de intromissão tem-se a prática habitual e agressiva ao direito à intimidade pessoal na figura da busca e apreensão pessoal, prevista no art. 240 do Código de Processo Penal. Reconhecido pelo ordenamento jurídico, o instituto da busca e apreensão pessoal acaba por violar o direito à intimidade pessoal, tutelado por nossa Constituição como direito fundamental.

Trata-se de inspeção do corpo do indivíduo, de suas vestes, no intuito de apreensão de “objetos probatórios” (Noronha, 1995, p. 95), medida essa tida como *numerus clausus*, porquanto vem a afrontar direitos individuais, autorizada sempre que houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou qualquer dos objetos elencados nas letras b e f do § 1º do art. 240 do Código de Processo Penal.

Todos os cuidados tomados pelo legislador perdem valia frente à vagueza da expressão “fundada suspeita”, uma vez que protetora de arbitrariedades e capaz de, num primeiro momento, “legitimar qualquer tipo de abordagem, em qualquer tipo de situação.” (Polo, 2000, p. 9). Diante disso, tem-se que a busca e apreensão pessoal é indiscutivelmente “medida de exceção, constrangedora, que fere a liberdade individual, e que deve ser empregada com cautela e moderação.” (Noronha, 1995, p. 94).

A violação do direito fundamental à intimidade decorre, na maioria das vezes, do argumento de que o Estado necessita de mecanismos capazes de tornar efetivo o direito social à segurança pública, direito este que foi erigido à categoria de inviolável pela Constituição Federal, sendo espécie do gênero segurança, tutelada constitucionalmente e que engloba as metas a serem alcançadas por todo Estado Democrático de Direito.

O direito à segurança pública inclui-se dentre os direitos fundamentais de segunda geração, conforme se vê do disposto no art. 6º da Constituição, os quais, segundo Perez Luño (1998, p. 183, tradução nossa),¹ “dirigem-se a explicitar as exigências dos valores da igualdade e da solidariedade, de igual modo que as liberdades públicas concentram e desenvolvem os valores de liberdade e de dignidade humana”, objetivando, em última análise, a prestação positiva por parte do poder público, no sentido de oferecer proteção aos interesses da sociedade.

De difícil acesso é o conceito de segurança pública, tratando-se de conceito vago e amplo, por não se referir a indivíduos e objetos determinados em sua individualidade. Nesse sentido pode-se dizer que o direito à segurança pública não é um direito individual, em que pese pensar-se, de logo, na proteção de nossa integridade e de nosso patrimônio, particularmente. Esse direito, apesar de se iniciar sempre no espaço individual, encontrará seu objetivo maior no espaço público, visto que busca estabelecer a tranqüilidade da ordem, propiciando condições para uma vida humana digna, pressuposto básico da essência do homem e do Estado Democrático de Direito.

¹ Texto original: se dirigen a explicitar las exigencias de los valores de la igualdad y de la solidaridad, de igual modo que las libertades públicas concentran y desarrollan los valores de la libertad y la dignidad humana.

A segurança pública, “antes de ser direito e responsabilidade de todos, é um dever do Estado, neste conceito incluindo-se a União, os Estados Membros e até os Municípios.” (Assis, 2001, p. 18). Nesse diapasão, cabe salientar o ensinamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso, segundo o qual (2001, p. 452)

a balança da Justiça contém dois pratos. Num dos pratos estão os direitos humanos, os sagrados direitos humanos que todos temos que respeitar e fazer respeitados. Mas a balança, repito, tem dois pratos. No outro, estão os direitos coletivos, os direitos da sociedade, os direitos do indivíduo considerado em sociedade. É preciso realizar o equilíbrio entre esses direitos, os individuais e os coletivos.

Diante disso, na busca da efetivação do direito coletivo à segurança pública, enquanto dever do Estado, não se pode deixar de considerar, mais uma vez, o princípio maior da dignidade da pessoa humana, porquanto, na democracia em que se vive, torna-se imprescindível a manutenção do “equilíbrio conquistado pela própria sociedade, harmonizando interesses contraditórios.” (Camargo, 1998, p. 120). Oportuna, ainda, é a colocação de Assis (2001, p. 18) que, ao se referir ao bem da sociedade, afirma:

há que se reconhecer a premissa básica para uma doutrina de Segurança Pública, apresentada no 3º Congresso Brasileiro de Polícias Militares em 1987, que polícia não é uma atividade barata aos cofres públicos. Mas será, pelo menos a médio prazo, um investimento até lucrativo para toda a população, na medida em que devolva os recursos investidos como juros da segurança.

Assim, para a efetiva institucionalização dos postulados da concepção ideal do Estado Democrático de Direito, torna-se cada vez mais crucial que o Estado, no exercício de sua função estatal de conceder segurança a seus cidadãos, o faça de modo a não agredir os direitos humanos de liberdade, respeitando, acima de tudo, a dignidade humana de cada um.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO JURÍDICO NACIONAL

O Direito Constitucional contemporâneo pressupõe o Estado Democrático de Direito, que tem como postulados fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos fundamentais. O postulado da dignidade da pessoa humana, em virtude de sua forte carga de abstração, não tem alcançado unanimidade entre os autores no que se refere a sua conceituação, muito embora se deva ressaltar que as opiniões se apresentam harmônicas e complementares no sentido de que a dignidade é tida como qualidade inerente a toda e qualquer pessoa, constituindo valor próprio de natureza inalienável e irrenunciável. No dizer de Sarlet (2001, p. 60), a dignidade da pessoa humana é

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Percebe-se, dessa forma, que a dignidade da pessoa humana, embora imprescindível de positivação, não decorre do Direito e de seu reconhecimento, sendo que este apenas pode conferir-lhe maior proteção e promoção.

Há, por outro lado, quem aponte que a dignidade da pessoa humana não decorre única e exclusivamente de um estado inerente à natureza humana (fato natural), sendo fruto também de um conjunto de fatos culturais. Nesse sentido o referido autor ensina que a dignidade da pessoa humana é ao mesmo tempo limite e tarefa dos poderes estatais. Enquanto limite da atividade estatal, afirma ser a dignidade algo inerente a cada ser humano e, enquanto tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa exige dele conduta no sentido de preservá-la e de buscar promover os meios que possibilitem seu exercício pleno.

Transparece, assim, a dupla função da dignidade da pessoa humana, ou seja, a ofensiva ou negativa e a prestacional ou positiva. Referem-se, respectivamente, aos direitos denominados de defesa e de prestação, reforçando a idéia de que a dignidade atua, simultaneamente, como limite e como tarefa do Estado. Com efeito, de acordo com a lição de Pérez Luño (1998, p. 318),² “a dignidade humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, sendo que significa também a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.”

Sendo assim, enquanto valor próprio de cada indivíduo e princípio basilar do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana necessita ser reconhecida e protegida pela ordem jurídica, à qual compete zelar para que todos sejam iguais em dignidade, recebendo igual respeito por parte do Estado.

O legislador pátrio, ao se referir à dignidade da pessoa humana no título referente aos fundamentos do nosso Estado, erigiu-a em fundamento da República Federativa do Brasil, visto não ser

uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. (Silva, 2000, p. 146).

Ao cabo das breves considerações expendidas, percebe-se que o Constituinte de 1988 solidificou, à guisa de fundamento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, retratando o reconhecimento de que há que se constituir o indivíduo como o objetivo principal da ordem jurídica.

² Texto original: la dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo.

Nessa linha de pensamento, refere Sarlet (2001) que a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental lhe confere condição de norma jurídico-positiva, dotada de conteúdo formal e material, bem como de plena eficácia, alcançando a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.

Do exposto conclui-se que a dignidade da pessoa humana reclama proteção efetiva da ordem jurídica, sob pena de se ferir a estrutura do Estado e da Constituição, a qual reconheceu em seu corpo uma extensa gama de direitos e garantias fundamentais para a sua proteção e para a realização da cidadania plena.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais e a dignidade humana “atuam, no centro de discurso jurídico constitucional, como um DNA, como um código genético, em cuja unifixidade mínima convivem, de forma indissociável, os momentos sistemático e heurístico de qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática.” (Pasqualini apud Sarlet, 2001, p. 86).

Embora se possa afirmar que os direitos fundamentais encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana, não há como se admitir que exista um direito fundamental à dignidade, porquanto esta é, conforme já referido, uma qualidade inerente a todo ser humano, não sendo possível, assim, que seja concedida pelo ordenamento, nem que seja ela retirada do indivíduo (Sarlet, 2001).

Contudo, conforme assevera Sarlet (p. 79) ao citar a lição de Haverkate, a Constituição Federal de 1998 “confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção de que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.” E complementa (p. 87):

Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.

A partir disso, torna-se possível afirmar que, em sendo os direitos fundamentais desrespeitados, estar-se-á também a desrespeitar, ou até mesmo negar, a dignidade do indivíduo. Vai nessa direção a lição de Geddert-Steinacher, citado por Sarlet (p. 133-134):

a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.

A essência da dignidade da pessoa humana, portanto, aproxima-se muito da eficácia e da proteção dos direitos fundamentais, sendo possível afirmar que se “identifica na dignidade da pessoa o núcleo essencial dos direitos fundamentais.” (Steinmetz, 2001, p. 164). Pode-se concluir, por fim, que uma sociedade somente poderá existir plenamente se representar os anseios de todos os seus cidadãos, respeitando seus direitos fundamentais com base na constante interpretação destes sob o prisma da dignidade da pessoa humana.

A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE PESSOAL COMO GARANTIA DA EFICÁCIA DA DIGNIDADE HUMANA

Já mencionava Bobbio (1992, p. 59) a inversão ocorrida no transcurso da História da humanidade no que se refere à relação estabelecida entre Estado e cidadãos, aludindo a prevalência da teoria organicista frente à concepção individualista uma vez que “a sociedade é um todo, e o todo está acima das partes. Cabe, portanto, ao Estado, enquanto poder público, tutelar a garantia

dos direitos fundamentais constitucionais do ser humano, para o que se utiliza de seu poder de polícia, igualmente constitucional, em nome do qual lhe é facultado limitar o exercício, pelo indivíduo, de alguns de seus direitos outorgados pela Constituição.

Diante disso, resta questionar as circunstâncias nas quais pode o Estado fazer uso de seu poder de polícia para, em nome da concretização da segurança pública, restringir o exercício, pelo cidadão, de alguns dos seus direitos fundamentais de liberdade. Nesse sentido, a preocupação dispensada ao princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta-se na tentativa de impedir que a atividade punitiva estatal, sob o argumento de velar pela segurança da coletividade, resulte como justificativa para a depreciação do indivíduo. Para Sarlet (2001, p. 59),

o que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Em vista disso, e lembrando a importância da efetiva proteção da dignidade do ser humano, faz-se oportuna a discussão acerca da violação do direito individual à intimidade pessoal, prevista no art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal, qual seja, a busca e apreensão pessoal.

Entende-se e se aceita a dificuldade enfrentada pelo poder público quando este se depara com situações em que deve, de certo modo, optar pela tutela deste ou daquele direito, porquanto

uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil.” (Bobbio, 1992, p. 63).

Constata-se, pois, que há “uma relação de tensão entre o dever do Estado de organizar uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na salvaguarda dos direitos constitucionalmente garantidos, cuja proteção o Estado está igualmente obrigado pela Lei Fundamental.” (Alexy, 2001, p. 90, tradução nossa).³

Se o Estado é o responsável direto pela garantia dos direitos fundamentais, cabe a ele preservar o máximo desses direitos. E é na busca dessa preservação de direitos que não se pode olvidar o princípio da proporcionalidade, segundo o qual o objeto pretendido pelo legislador, bem como o meio a ser utilizado para alcançá-lo, deve ser razoável, adequado e necessário, sendo ilegal a priorização, por parte do administrador, de um direito em prejuízo demasiado de outro, quando ambos se encontram em uma situação fática em que precisam ser sopesados.

Assim, juntamente com a teoria da proporcionalidade, a dignidade da pessoa humana “acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental” (Sarlet, 2001, p. 112), porquanto a supremacia da constitucionalidade frente à legalidade tem sentido, pois está “vinculada à liberdade, a contenção dos poderes do Estado e a guarda eficaz dos direitos fundamentais.” (Bonavides, 2001, p. 364).

É nesse contexto, em meio à defesa suprema do princípio da dignidade da pessoa humana, que se faz válida e atual a discussão acerca da proteção da intimidade pessoal do indivíduo, quando este se depara com situações em que sua condição de ser humano é deixada de lado em nome da alegada proteção do coletivo e da prevenção criminal, o que, diga-se de passagem, é prática comum de nossas polícias.

³ Texto original: una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental.

A DIGNIDADE HUMANA COMO LIMITE À RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O art. 5º de nossa Constituição Federal consagra a igualdade de todos, sem qualquer distinção, garantindo aos brasileiros e estrangeiros aqui residentes a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O mesmo artigo, em seu inciso X, consagra proteção constitucional ao direito à intimidade, tutelando, dessa forma, a vida privada. Enquanto isso, o art. 6º, também da Lei Maior, prevê o direito à segurança como direito social a ser protegido.

Trata-se de direitos fundamentais de primeira e segunda gerações, respectivamente, pelo que, tanto o direito à intimidade, enquanto direito individual de liberdade, quanto o direito à segurança, tido como direito coletivo, são dotados de eficácia e de aplicabilidade plenas, sendo função do Estado garanti-los.

Uma análise mais detida desses artigos revela, contudo, uma contrariedade no que se refere à proteção do direito individual à intimidade. O art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal, ao prever as circunstâncias em que se admite a prática da busca e apreensão pessoal, está a violar o dispositivo constitucional contido no inciso X do art. 5º, porquanto a Lei Maior não dispõe sobre qualquer exceção à proteção do direito à intimidade pessoal.

Quanto às exceções, em que pese a Constituição Federal as prever em relação à inviolabilidade do domicílio e do sigilo de correspondência, presentes nos incisos XI e XII do seu art. 5º, respectivamente, o mesmo não acontece com relação à intimidade. Logo, sendo a intimidade pessoal uma das múltiplas manifestações da intimidade, deve ser tutelada como direito fundamental, enquanto direito personalíssimo derivado do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se pode negar, por outro lado, que o legislador, ao dispor sobre a busca e apreensão pessoal, pretendia maior repressão à criminalidade, protegendo, em consequência, o direito social à segurança pública. Porém, mesmo sendo a segurança também um direito fundamental, não restam dúvidas de que a legislação processual penal, embora não diretamente, autoriza a violação do direito individual à intimidade pessoal.

Além disso, não se encontra razoabilidade na justificativa de se violar um direito individual em nome do coletivo, isso porque o fundamento da República Federativa do Brasil se encontra no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), o qual eleva o indivíduo ao centro do universo jurídico, assegurando que as relações jurídicas que os envolvem devem ser resolvidas à base deste princípio fundamental.

Afora isso, a violação ao direito fundamental à intimidade pessoal é de todo desproporcional, pois, ainda que se admitisse a relativização desse direito, estar-se-ia afrontando os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, porquanto os meios utilizados para alcançar o fim pretendido, entende-se, não se justificam. E é justamente essa a situação que se dá quando o agente público, em nome da prevenção ou até mesmo da punição, age contra a intimidade pessoal do cidadão efetuando busca pessoal, a qual, na grande maioria das vezes, não resulta em nada além da humilhação a que se submete o “suspeito”.

Não se pretende aqui oferecer soluções ao problema apontado, porquanto as doutrinas ou silenciam completamente acerca do tema ou não o enfrentam diretamente, restringindo-se a conceituar e analisar as hipóteses em que o legislador tutela a prática da busca e apreensão pessoal. Assim o faz Tourinho Filho (2001, p. 467), o qual se limita a afirmar que “a busca pessoal é aquela que se faz nas vestes ou nos objetos que a pessoa traga consigo (valises, pastas, bolsa, etc.), como também imediatamente sobre o corpo e, às vezes, até dentro do corpo.”

O mesmo ocorre com relação ao disposto no art. 244 do Código de Processo Penal, uma vez que a inexigibilidade de mandado judicial para efetivação da busca não é alvo de relevantes explicações, restringindo-se a doutrina majoritária a afirmar que “o dispositivo permite a busca e apreensão pessoal nas hipóteses de fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos que constituam corpo de delito ou quando for necessária durante a busca domiciliar.” (Mirabete, 2002, p. 627).

Percebe-se como injustificável, mais uma vez, que um direito fundamental seja colocado à baila por um simples critério subjetivo, o qual recai, na grande maioria das vezes, sobre o policial que investiga ou previne o crime, abrindo espaço a qualquer tipo de abordagens, em qualquer tipo de situação, culminando em violações e desvirtuamento social, circunstâncias hábeis à proliferação de injustiças.

Vai nesse sentido o posicionamento de Perez Luño (1998, p. 180),⁴ ao defender que “nenhum agente público pode, em virtude de suas atribuições pessoais ou subjetivas, reputar como antijurídicos feitos ou atitudes que não estejam prévia e taxativamente tipificadas pelo ordenamento jurídico.” No mesmo intuito de proteger os cidadãos contra as arbitrariedades do Estado, Polo (2000, p. 9) afirma que

a conclusão a que se chega é que, diante da inviolabilidade da dignidade do indivíduo, práticas como a injustificada busca e apreensão pessoal devem ser banidas. É certo que muitos crimes são a partir daí desvendados. Mas trata-se de benefício desproporcional ao custo que tal prática representa para parte da população, pois, por outro lado, é indiscutível que cidadãos inocentes, por caírem na visão subjetiva de policiais, são aleatoriamente submetidos a vistorias e a humilhações.

A dignidade da pessoa humana enquanto tarefa do Estado, portanto, implica o dever deste último de proteger os direitos fundamentais e a dignidade dos particulares, servindo, ainda, como fator de justificativa para a imposição de restrições aos direitos fundamentais (Sarlet, 2001). Na mesma linha vai a lição de Costa (2003, p. 5), ao afirmar que

⁴ Texto original: ningún agente público puede, en virtud de sus apreciaciones personales o subjetivas, reputar como antijurídicos hechos o actitudes que no se hallen previa y taxativamente tipificadas por el ordenamiento jurídico.

precisamos aprender e disseminar – até porque não há outra saída – que uma política de segurança pública que se pretenda eficaz tem que ter como princípio, regra e procedimento o ideal de realização dos direitos humanos em todas as suas dimensões (direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais). De outra forma, será inútil buscar resolver os problemas relacionados à segurança pública sem, simultaneamente, haver uma profunda e demorada intervenção do Estado, através de políticas sociais e culturais, e a criação de uma nova cultura entre os agentes estatais responsáveis pelo funcionamento do sistema punitivo.

Tal contexto exige que seja revista a posição do Estado enquanto detentor de prerrogativas decorrentes de sua legitimidade funcional, porquanto cabe a ele a proteção máxima da dignidade da pessoa humana, “mormente quando se espera que seja exemplar o seu acatamento dos princípios, não apenas o da legalidade, mas do complexo inteiro dos princípios supremos.” (Freitas, 1999, p. 55).

CONCLUSÃO

Aceita-se a inviabilidade de proteção paralela e igualitária de dois direitos fundamentais que, na maioria dos casos concretos, se colocam em contraposição. É inaceitável, no entanto, que a força punitiva do Estado reduza a plenitude dos direitos fundamentais pessoais do cidadão sem ao menos trazer à sociedade resultados satisfatórios que compensem, se é que isso é possível, o constrangimento sofrido pelo particular quando da violação de sua intimidade pessoal.

De todo o exposto decorre uma única conclusão: a inconstitucionalidade da prática da busca e apreensão pessoal, violadora do direito individual à intimidade pessoal, em virtude de que a partir do princípio da dignidade da pessoa humana se afirma a supremacia do direito individual sobre o coletivo e, pelo princípio da proporcionalidade, admite-se a necessidade de haver harmonia entre os fins e os meios utilizados pelo Estado Democrático de Direito no desempenho de seu poder de polícia.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- ASSIS, Jorge Cesar. Aspectos jurídicos e efetividade da participação do governo federal na segurança pública. In: *Revista Direito Militar*, São Paulo, n. 32, nov./dez. 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b.
- CAMARGO, Carlos Alberto de. Prevenção criminal e dignidade humana. In: *Fundação Konrad-Adenauer Stiftung*. Segurança pública como tarefa do Estado e da sociedade. São Paulo: [s.n.], 1998.
- COSTA, André Luiz de Souza. O lugar dos direitos humanos e das vítimas na questão da segurança pública. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 11, n. 128, jul. 2003.
- FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GRINOVER, Ada Prellegri Grinover. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIGUEL, Carlos Ruiz. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Editorial Tecnos, 1993.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

PITOMBO, Cleonice A. Valentim Bastos. *Da busca e apreensão no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

POLO, Giovana. Busca e apreensão pessoal e prova ilícita. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 8, n. 92, jul. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular* (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

VELLOSO, Carlos. A justiça e seu problema maior: a lentidão. Justiça, Ministério Público e polícia: a tripeça em que se assenta a segurança pública. O juizado de instrução. In: *RT/Fasc. Pen.*, São Paulo, ano 90, v. 788, jun. 2001.

