

‘We Are What We Throw Away’: STJ e caso *California v. Greenwood* (final)

12/10/2024

No artigo anterior, tratamos da decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RHC 190.158/MG e destacamos o que restou decidido pela Justiça da Califórnia quando do julgamento do caso *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988). Em continuação, vamos tratar do desdobramento do feito quando da sua apreciação pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Mas, preliminarmente, faz-se necessário recordar que o fundamento para a decisão repousa no texto da Quarta Emenda e na discussão travada desde *Katz v. United States*, ou seja, se a emenda protege a “*privacidade ou a propriedade*”.

Entick v. Carrington

Em um passado distante, inspirado na tradição inglesa (*Entick v. Carrington*, 1765), a controvérsia a respeito do limite para a realização de buscas por parte do Estado estava jungida ao direito de propriedade, ou seja, qualquer violação ao direito de propriedade implicava numa busca ilegal.

O caso *Entick v. Carrington* (1765) envolveu a invasão da casa de John Entick – editor de um periódico (*The Monitor or British Freeholder*) e crítico do governo britânico – por mensageiros do rei, sob ordens do Secretário de Estado (George Montagu-Dunk), que buscavam apreender documentos supostamente sediciosos. Os mensageiros não localizaram nenhum documento que revelasse a insubordinação do investigado, mas detiveram Entick por seis dias e apreenderam vários livros e outros escritos. Entick se insurgiu contra a sua prisão (considerada arbitrária) e a invasão de sua propriedade, argumentando que o mandado era ilegal por falta de base jurídica clara para autorizar a busca e apreensão de seus documentos privados [1].

A corte decidiu em favor de Entick, declarando que o mandado era arbitrário e que o governo não poderia exercer poder além do que a lei autorizasse expressamente. Lord Camden advertiu que o poder do Estado deve ser empregado de forma proporcional e justificada, especialmente quando envolve a intrusão na vida privada e a apreensão de bens pessoais, como documentos. Ele ainda ressaltou que, na ausência de uma lei que expressamente autorize tal ação, ela deve ser considerada ilegal, enfatizando o princípio de que “*se não estiver na lei, não é lei*” [2]. Uma das grandes passagens do julgamento envolve a “santificação” do direito de propriedade:

“*The great end, for which men entered into society, was to secure their property. That right is preserved sacred and incommunicable in all instances, where it has not been taken away or abridged by some public law for the good of the whole*” [3].

Essa forma de julgamento, com viés nitidamente objetivo, foi adotada pelos tribunais norte-americanos [4], que replicavam a linguagem literal do texto, ou seja, “*sob o padrão baseado na propriedade, as áreas protegidas eram aquelas previstas na própria Quarta Emenda: ‘pessoas, casas, papéis e bens’*” [5].

Katz v. United States

Porém, no caso *Katz v. United States* (389 U.S. 347, 1967), a Suprema Corte passou a refutar a tese de que a violação da Quarta Emenda estaria ligada apenas ao direito de propriedade. O caso envolvia a investigação de um esquema de apostas por meio de ligações interestaduais, ato que desrespeitava a legislação federal que disciplinava o tema (18 U.S.C § 1084).

Charles Katz “*era provavelmente o principal prognosticador de basquete universitário da América em 1967*” [6] e foi acusado de transmitir ilegalmente informações de apostas por telefone de Los Angeles para Miami e Boston. Cotidianamente, ele deixava o seu apartamento na Sunset Boulevard e escolhia uma das três cabines telefônicas ali existentes para repassar as informações. Mesmo **sem possuir uma ordem de busca**, os agentes do FBI colocaram em prática um plano – considerado complexo para a época – para fazer prova da conduta delitiva:

“Primeiro, os agentes obtiveram o consentimento da companhia telefônica para colocar uma das cabines telefônicas fora de serviço. Em seguida, afixaram um dispositivo eletrônico de escuta e gravação no topo e entre as duas cabines restantes. Dessa forma, os agentes poderiam ouvir as conversas de Katz independentemente de qual das duas cabines ele usasse. Terceiro, o FBI posicionou um agente do lado de fora do apartamento de Katz para observá-lo quando ele saísse. Quarto, quando esse agente observou Katz saindo, deu o ‘sinal’ a outro agente, que correu e ativou o dispositivo de escuta antes que Katz entrasse em uma das duas cabines restantes. O plano dos agentes funcionou. O FBI ouviu as conversas de Katz e posteriormente o prendeu”.

Apesar do dispositivo de gravação ter sido afixado na parte de fora, Katz argumentou que a cabine telefônica era uma área constitucionalmente protegida e que a escuta violava o conteúdo da Quarta Emenda, visto agora sob o paradigma da privacidade e não mais da propriedade. Visando o abandono da teoria da invasão física, Katz justificava ser necessário a construção de um raciocínio que atrelasse o direito à privacidade ao indivíduo e não apenas ao local onde ele se encontrasse:

“Acreditamos que o direito à privacidade segue o indivíduo, e que, se ele estiver em um espaço fechado por quatro paredes e um teto, ou em um automóvel, ou em qualquer outra localização física, isso não é determinante da questão de se a comunicação pode, em última instância, ser declarada confidencial. Achamos que o direito à privacidade segue o indivíduo, e se todos os outros aspectos de confidencialidade estiverem presentes, ele tem direito à confidencialidade de sua comunicação” [7].

A principal questão jurídica, portanto, era se a instalação da escuta telefônica **fora da cabine** constituía uma “busca” ou “apreensão” dentro do significado e compreensão atribuída à Quarta Emenda.

Reformulando o seu entendimento, a Suprema Corte decidiu que a proteção da Quarta Emenda alcança igualmente a comunicação oral e declarou que *“a Quarta Emenda protege as pessoas, não os lugares”*.

“A Quarta Emenda protege pessoas, não lugares. O que uma pessoa expõe deliberadamente ao público, mesmo em sua própria casa ou escritório, não está sujeito à proteção da Quarta Emenda. Mas o que ela busca preservar como privado, mesmo em uma área acessível ao público, pode ser protegido constitucionalmente” [8].

Apesar da cabine telefônica ser um local que está à vista de todos, a corte considerou que ao fechar a porta, o acusado objetivava garantir a privacidade da sua ligação, *“procurando excluir o ‘ouvido não convidado’, e não o ‘olho não convidado’, e que a sociedade reconheceria essa expectativa de privacidade como razoável”*[9]. *“Após Katz, uma área não pode ser objeto de busca sem mandado se uma pessoa tiver uma expectativa de privacidade [constitucionalmente protegida e razoável] nesse espaço, independentemente de seus direitos de propriedade sobre o local”* [10]. Em sua manifestação concorrente, Justice Harlan construiu o que se convencionou chamar de *“teste de expectativa razoável de privacidade”*:

“Esse teste requer que: (1) uma pessoa deve, primeiro, demonstrar uma expectativa real de privacidade na área ou no interesse em questão; e (2) essa expectativa deve ser uma que a sociedade aceite como razoável. A Corte analisa a primeira etapa subjetivamente, enquanto a segunda etapa é analisada de acordo com fatores objetivos” [11].

Porém, como observa Cunis, a decisão muitas vezes deixava de colaborar para a formação de um sistema coerente e funcional de julgamento diante da sua grande subjetividade:

“Vários casos mostram a relutância da Corte em dar plena força aos interesses de privacidade estabelecidos em *Katz*. Um desses casos é *California v. Ciraolo*, que envolveu a vigilância aérea do quintal cercado do petionário, onde foi revelada uma plantação de maconha. A Corte decidiu que o teste de expectativa razoável de privacidade de *Katz* não foi satisfeito porque qualquer membro do público em geral, voando sobre a propriedade do petionário em baixa altitude, poderia ter visto o que os policiais no avião viram. A Corte reconheceu que, ao erguer uma cerca de três metros, o petionário manifestou uma expectativa de privacidade, mas a Corte se recusou a admitir que essa expectativa fosse razoável em uma era de viagens aéreas frequentes e de baixa altitude, e, portanto, a busca foi considerada válida” [12].

A utilização do “teste de expectativa razoável de privacidade” se mostrou ainda mais contraditório quando aplicada a pacotes, bolsas, malas, maletas, baús, sacos etc., encontrados no interior de veículos. A Corte admite a realização de buscas sem mandado em veículos diante da sua “mobilidade inerente e na menor expectativa de privacidade do público” [13]. Mas, apesar da possibilidade de a polícia parar um automóvel e, configurada a justa causa, realizar uma busca em seu interior sem mandado, (*Carroll v. United States*), a questão ganhava uma outra dimensão quando eram encontrados objetos acondicionados em pacotes, malas, bolsas, etc., em seu interior. O abordado teria uma expectativa razoável de privacidade referente ao seu conteúdo? A proteção deveria variar de acordo com o tipo de invólucro que acondicionaria o produto [14]? Seria necessária uma ordem judicial específica para que a autoridade pudesse analisar o seu conteúdo?

Um outro ponto que ainda merece a nossa reflexão diz respeito às “coisas abandonadas”. A partir da caracterização do abandono – conceito ligado à propriedade [15] – os tribunais passaram a entender que não mais se sustenta uma expectativa razoável de privacidade. Em *Abel v. United States*, por exemplo, “a Corte decidiu que o petionário havia abandonado, em uma cesta de lixo de um hotel, documentos incriminatórios relacionados a uma investigação federal de espionagem, e, portanto, não poderia alegar proteção da Quarta Emenda” [16].

California v. Greenwood

Partindo desse arcabouço decisório, muitas vezes dissonante, no caso *California v. Greenwood*, a Suprema Corte julgou (majoritariamente) que a busca de sacos de lixo, sem mandado, não violava o direito constitucional dos réus à privacidade. Interessante notar que “Tanto a maioria quanto a dissidência em *Greenwood* utilizaram o teste de expectativa razoável de privacidade de *Katz*, mas chegaram a resultados diferentes” [17].

Falando pela maioria, Justice White asseverou que



“Como os réus voluntariamente deixaram seu lixo para coleta em uma área particularmente acessível à inspeção pública, sua alegada expectativa de privacidade nos itens descartados não era objetivamente razoável. É de conhecimento comum que sacos plásticos de lixo deixados em uma rua pública são facilmente acessíveis a animais, crianças, catadores, curiosos e outros membros do público. Além disso, os réus colocaram seu lixo na calçada com o propósito explícito de entregá-lo a um terceiro, o coletor de lixo, que ele próprio poderia ter revirado o lixo ou permitido que outros, como a polícia, o fizessem. A polícia não pode ser razoavelmente obrigada a desviar o olhar de evidências de atividade criminosa que poderiam ser observadas por qualquer membro do público” [18].

Manifestando-se pela minoria, Justice Brennan, com o apoio de Justice Marshall, aclarou que:

“Um recipiente que pode sustentar uma expectativa razoável de privacidade não pode ser revistado, mesmo com causa provável, sem um mandado” (*United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109, 120, n. 17, 1984, citações omitidas). Assim, como o Tribunal observa, se *Greenwood* tivesse uma expectativa razoável de que o conteúdo dos sacos que ele colocou na

calçada permaneceria privado, a busca sem mandado desses sacos violaria a Quarta Emenda. (*Ante*, p. 39).

Os fundadores da Quarta Emenda entendiam que “buscas irracionais” de “papéis e bens” — não menos do que “buscas irracionais” de “pessoas e casas” — violavam a privacidade. Já em 1878, este Tribunal reconheceu que o conteúdo de “[c]artas e pacotes selados... enviados pelo correio são tão bem guardados contra exame e inspeção... como se fossem mantidos pelas partes remetentes em seus próprios domicílios.” (*Ex parte Jackson*, 96 U.S. 727, 733). Em resumo, enquanto um pacote estiver “fechado contra inspeção”, a Quarta Emenda protege seu conteúdo, “onde quer que estejam”, e a polícia deve obter um mandado para revistá-lo, assim como seria necessário quando papéis são revistados dentro de um lar. *Ibid.*; ver também *United States v. Van Leeuwen*, 397 U.S. 249 (1970)” [19].

E concluiu:

“Um único saco de lixo testemunha eloquentemente sobre os hábitos alimentares, de leitura e recreativos da pessoa que o produziu. Uma busca no lixo, como uma busca no quarto, pode revelar detalhes íntimos sobre práticas sexuais, saúde e higiene pessoal. Como vasculhar gavetas ou interceptar telefonemas, remexer o lixo pode revelar o status financeiro e profissional da pessoa, suas afiliações e inclinações políticas, pensamentos privados, relacionamentos pessoais e interesses românticos. Não há dúvida de que um saco de lixo selado contém provas reveladoras da “atividade íntima associada à ‘santidade do lar e às privacidades da vida’”, que a Quarta Emenda visa proteger. (Oliver v. United States, 466 U.S. 170, 180 (1984) (citando Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 630 (1886)). Veja também United States v. Dunn, 480 U.S. 294, 300 (1987)” [20].

A delimitação e a definição do conteúdo do direito à privacidade são tarefas hercúleas. O seu caráter multifacetado e camaleônico fizeram Daniel J. Solove afirmar que a privacidade é um “*conceito em desordem*” [21], eis que “*Ninguém pode articular o que isso significa*”. Em casos judiciais, trata-se de tema que enfrenta (muitas vezes) uma legislação construída para outros tempos e o influxo de uma modernidade tecnológica que exige uma releitura e readaptação dos precedentes para além da expectativa subjetiva de privacidade. A decisão do STJ (RHC 190.158/MG) e os demais casos são – sem pretensão de dar conta de toda montanha russa jurisprudencial – prova de que a definição dos limites da privacidade representa o grande desafio de hoje e do amanhã.

* *We Are What We Throw Away* é o título da reportagem publicada no jornal *New York Times* em 5/7/1992, disponível aqui <https://timesmachine.nytimes.com/timesmachine/1992/07/05/issue.html>, (último acesso em 26/9/2024).

[1] BURSET, Christian Burset; ARVIND, T. T. **A New Report of Entick v. Carrington** (1765), 110 Ky. L.J. 265 (2022). Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/1420, pp. 265/298.

[2] „If it is law, it will be found in our books. If it is not to be found there, it is not law“.

[3] BURSET, Christian Burset; ARVIND, T. T. **A New Report of Entick v. Carrington** (1765), 110 Ky. L.J. 265 (2022). Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/1420, pp. 265/298: “O grande fim, pelo qual os homens entraram na sociedade, foi para garantir sua propriedade. Esse direito é preservado sagrado e incomunicável em todos os casos, onde não foi retirado ou restringido por alguma lei pública para o bem de todos.”

[4] *Boyd v. United States* (116 U.S. 616, 1886) e, entre outros, *Olmstead v. United States* (277 U.S. 438, 1928).

[5] CUNIS, David W. **California v. Greenwood. Discarding the Traditional Approach to the Search and Seizure of Garbage**. In. *Catholic University Law Review*, 38(2), 543-570, 1989, p. 547; HERDRICH, Madeline A. **California v. Greenwood: The Trashing of Privacy**. In. *American University Law Review* 38, n. 3, pp. 993-1020, 1989.

[6] SCHNEIDER, Harvey A. **Katz v. United States: The Untold Story**. In. *McGeorge Law Review*, vol. 40, n. 1, 2009, pp. 14-24. HeinOnline.



- [7] SCHNEIDER, Harvey A. **Katz v. United States: The Untold Story**. In. McGeorge Law Reveiw, vol. 40, n. 1, 2009, pp. 14-24. HeinOnline.
- [8] *Katz v. United States* (389 U.S. 347, 1967).
- [9] HERDRICH, Madeline A. **California v. Greenwood: The Trashing of Privacy**. In. American University Law Review 38, n. 3, pp. 993-1020, 1989.
- [10] CUNIS, David W. *California v. Greenwood*. **Discarding the Traditional Approach to the Search and Seizure of Garbage**. In. Catholic University Law Review, 38(2), 543-570, 1989, p. 550. (grifei)
- [11] *Ibid.*, p. 551.
- [12] *Ibid.*, p. 552.
- [13] HERDRICH, Madeline A. **California v. Greenwood: The Trashing of Privacy**. In. American University Law Review 38, n. 3, pp. 993-1020, 1989.
- [14] Enquanto em *Arkansas v. Sanders* a Suprema Corte assestou que alguns contêineres mereciam proteção constitucional, enquanto outros não; em *Robbins v. California* concluiu que qualquer contêiner selado em um automóvel gozava de proteção constitucional, ou seja, se “recusou a reconhecer qualquer distinção entre contêineres “dignos” e “indignos” de proteção”. (*Ibid.*, p. 555). E, em mais uma reviravolta, em *United States v. Ross*, a Corte decidiu que “se a polícia tem autoridade para realizar uma busca sem mandado em um veículo, com base em uma causa provável especificamente definida, ela tem autoridade para buscar qualquer contêiner dentro daquele automóvel que possa conter o objeto da busca. A Corte forneceu a ressalva de que uma busca é limitada apenas àqueles contêineres que poderiam, de fato, conter o objeto procurado pela polícia”. (*Ibid.*, p. 556).
- [15] “A doutrina do abandono é baseada no conceito de direito de propriedade de que, uma vez que um indivíduo abandona sua propriedade, quem primeiro tomar posse dela será o novo proprietário”. (HERDRICH, Madeline A. **California v. Greenwood: The Trashing of Privacy**. In. American University Law Review 38, n. 3, pp. 993-1020, 1989)
- [16] CUNIS, David W. *California v. Greenwood*. **Discarding the Traditional Approach to the Search and Seizure of Garbage**. In. Catholic University Law Review, 38(2), 543-570, 1989, p. 550, p. 557.
- [17] *Ibid.*, p. 561. (grifei).
- [18] **California v. Greenwood**, 486 U.S. 35 (1988). “A maioria da Suprema Corte baseou sua decisão no padrão de expectativa de privacidade de *Katz*, argumentando que, embora Greenwood pudesse ter uma expectativa subjetiva de privacidade em seu lixo, essa expectativa não era algo que a sociedade estivesse disposta a reconhecer como razoável, considerando que o lixo havia sido colocado em um local acessível ao público. O tribunal não considerou o lixo como parte da propriedade protegida de Greenwood, uma vez que ele havia sido colocado fora dos limites de sua casa, em uma área onde estava exposto a terceiros”. (HERDRICH, Madeline A. **California v. Greenwood: The Trashing of Privacy**. In. American University Law Review 38, n. 3, pp. 993-1020, 1989).
- [19] **California v. Greenwood**, 486 U.S. 35 (1988)
- [20] **California v. Greenwood**, 486 U.S. 35 (1988)
- [21] SOLOVE, Daniel J. **Understanding Privacy**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2008, p. 1.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-out-12/we-are-what-we-throw-away-o-stj-e-o-caso-california-v-greenwood-final/>