

Direito à Privacidade

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO
DE CARVALHO

*Professor Assistente da UERJ; Mestre pela PUC-RJ;
Juiz de Direito*

1. Introdução - Há menos de dois séculos atrás, em 1819, Benjamin Constant¹, em célebre conferência, comparou a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Os antigos eram os povos de Atenas, Roma, Lacedemônia e Esparta, enquanto que os modernos, para o autor, eram os que viveram após a Revolução Francesa. Concluiu, o conferencista, que os antigos tinham ampla liberdade política, já que decidiam em praça pública sobre os assuntos do Estado, sobre a paz e a guerra, sobre a vida e a morte, mas não tinham a menor privacidade, nem em seus lares. Ao contrário, aos modernos se reconhecia o direito à privacidade mas participação política limitada à fórmula da teoria da representação, ou seja, “uma parte ideal em uma soberania abstrata”.

Dois séculos após, os modernos do conferencista se tornaram os nossos antigos e, nós, os modernos. E as liberdades públicas também mudaram para assumir novos contornos. Hoje, vivemos uma situação paradoxal: enquanto todas as Constituições dos países civilizados prescrevem o direito à privacidade, o que também faz a nossa de modo incontestado, o progresso tecnológico vai urdindo uma fina malha pela qual a privacidade é facilmente aprisionada, às vezes sub-repticiamente, com maior ou menor grau de sofisticação.

A privacidade, nos dias de hoje, é posta em risco por grampos telefônicos, microcâmeras poderosas que captam imagens dentro do lar, microgravadores potentes que gravam conversas a grande distância, pela invasão de uma imprensa por vezes sensacionalista e irresponsável, pela circulação de dados individuais fornecidos para um determinado fim e utilizados para outro, pela quebra de sigilos constitucionais, especialmente pelas CPIs que estão se multiplicando a partir da que investigou com sucesso o ex-presidente

¹ Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos

Collor, pelas intervenções corporais realizadas pela polícia em suspeitos de prática de infração criminal, enfim por uma série de atentados em potencial, somente possíveis em uma sociedade tecnológica e economicamente complexa em que o cidadão, para conviver e para sair do isolamento não mais possível no limiar do século XXI, é obrigado a estabelecer relações sociais e econômicas e, assim, expor a público uma parcela de sua privacidade e de sua família.

2. Conceito e desenvolvimento histórico - Não há unanimidade quanto à existência ou não de uma diferença conceitual entre direito à intimidade e direito à privacidade. Para uma corrente não existe mesmo qualquer distinção, sendo ambos equivalentes, decorrentes do direito da personalidade. Para outra corrente, há distinção e ela decorre de o direito à intimidade ser mais restrito que o direito à vida privada, correspondendo a uma esfera mais recôndita da personalidade.

Ainda há um terceiro grupo que sustenta que o direito à intimidade seria abrangente de vários outros dele decorrentes, como o próprio direito à vida privada. Nessa ótica, ele se confundiria com o direito da personalidade, este reconhecidamente aglutinador de diversos direitos, como o direito ao nome, a imagem, à obra artística e literária, à inviolabilidade de domicílio, ao segredo ou sigilo etc.

De qualquer modo, se não se conseguiu discernir claramente um do outro, depois de tantas tentativas, melhor considerá-los uma mesma coisa. Nesse contexto, passemos à sua conceituação. De tantos conceitos existentes, é possível sintetizar o direito à intimidade como sendo o direito de interditar às demais pessoas os nossos pensamentos, sentimentos, sensações e emoções.

Existem dois planos distintos aos quais se dirige a proteção: um como limite à intervenção estatal na órbita privada; outro, servindo de limite e contrapeso aos demais direitos do homem, de modo que cada um respeite a esfera privada do outro.

Recentemente, porém, por exigência da vida em sociedade, impõe-se mais um plano de atuação do direito à intimidade, desta feita para limitar o direito à informação e a liberdade de imprensa, ambos também direitos fundamentais de reconhecida estatura jurídica e política. O embate destes dois direitos, a intimidade e a livre informação, desenham um capítulo particularmente difícil para a ciência jurídica delimitar, mas cuja solução não pode ser postergada. Nessa matéria, a jurisprudência vem desempenhando um

papel importantíssimo, dando adequada resposta aos conflitos de interesses.

O grande impulso para o reconhecimento do direito à intimidade veio com o Cristianismo. Depois, com as declarações de direito do século XVIII, especialmente as cartas norte-americanas e a francesa Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Atualmente, a Declaração da ONU, de 1948, prevê o direito à intimidade no artigo 12, o mesmo ocorrendo com diversas declarações e convenções internacionais contemporâneas.

No quadro internacional, há pleno reconhecimento. Nos EUA, desde o artigo “Right to Privacy”, de Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, em 1890, passou-se a respeitar a intimidade, seguindo-se diversas decisões da Corte Suprema. A 4ª Emenda à Constituição consagra o direito à intimidade. Anotam Ellen Alderman e Caroline Kennedy² que a Constituição americana não consagra expressamente a expressão “privacy”, mas ela é extraída no texto da 4ª Emenda, da expressão “unreasonable searches and seizures”.

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, consagra vários princípios que conformam um direito à intimidade. A doutrina alemã elaborou a teoria das esferas da intimidade: a individual que assegura a personalidade na vida pública; e a da vida privada que garante a personalidade em seu retiro³. Posteriormente a teoria foi ampliada para conceber três esferas: a íntima que seria um espaço pessoal de tranquilidade; a da vida privada, correspondente ao círculo familiar, amigos e colegas de trabalho; e a esfera pública, que corresponderia à liberdade de notícias e de informação.

Na França, a partir de uma reforma em 1970, que incluiu uma disposição no Código Civil, o direito à intimidade passou a ter proteção legal.

Na Itália há discussão acerca do artigo 2º da Constituição, se teria ou não positivado o direito, sendo que os juristas mais modernos se inclinam por responder afirmativamente à questão. De qualquer modo, o País aderiu à Convenção Européia dos Direitos do Homem, que o consagra.

Em Portugal tanto o Código Civil de 1967 como a Constituição de

² The Right to Privacy.

³ A Tutela Constitucional da Intimidade, de Eduardo Giannotti.

1976 o consagra plenamente.

Na Espanha, a Constituição de 1978 protege a intimidade pessoal.

Nas extintas URSS e Iugoslávia as respectivas Constituições asseveravam o direito à intimidade, embora condicionando-o ao interesse da classe trabalhadora.

Em nosso País, o direito à intimidade e à vida privada está expresso no artigo 5º, X, da Constituição, que acolheu ambos os conceitos no mesmo texto.

3. Desdobramento - Conforme assinalado anteriormente, o direito à intimidade ou direito à vida privada, que aqui são considerados como termos equivalentes, se desdobra em diversos outros direitos, ampliando, assim, seu raio de proteção ao homem. Estão compreendidos o direito ao sigilo bancário, sigilo fiscal, sigilo de dados, sigilo telefônico, sigilo de correspondência, proibição de intervenções corporais (tais como a extração de sangue para exame de DNA, captação de ar para verificação de dosagem alcoólica, intervenções cirúrgicas para encontrar evidência de crime etc.).

Não será possível enfocar todos estes direitos. Vamos ver alguns apenas, principalmente os que têm despertado maior polêmica.

4. Sigilo de Dados - A Constituição, no artigo 5º, XII, assegura a inviolabilidade da comunicação de dados, ao lado da inviolabilidade de correspondência e da comunicação telefônica, admitindo, apenas para esta última, uma possibilidade de restrição.

A primeira dificuldade é estabelecer o que são dados. Geraldo Prado e William Douglas Resinente⁴ retiraram do Dicionário Aurélio a seguinte definição:

“Representação convencional de fatos, conceitos ou instruções de forma apropriada para comunicação e processamento por meios automáticos; informação em forma codificada”. A Resolução nº 21 da Comissão de Ministros do Conselho da Europa definiu banco de dados como *todo o sistema eletrônico de informação que tem por escopo a reunião de dados relativos à pessoa e que seja apto a difundir-los*.

A segunda dificuldade é delimitar a proteção constitucional: somente

⁴ Comentários à Lei Contra o Crime Organizado p. 56.

a comunicação de dados, ou seja, aquela feita em rede de computadores, transmitida normalmente por linha telefônica ou também dados armazenados?. A rara doutrina sobre o assunto caminha no sentido de considerar que não estão compreendidos na proteção constitucional os dados armazenados ou estanques, ou melhor, os que não estão sendo transmitidos. A vedação, portanto, é para a captação ilícita da transmissão. Os dados armazenados, segundo Geraldo Prado/William Douglas e Luiz Flávio Gomes⁵, podem ser apreendidos como os documentos em geral. Evidentemente, por também evocarem o direito de intimidade, como as cartas, sua apreensão depende de mandado judicial.

Ocorre que os dados armazenados não estão protegidos pelo inciso XII, do artigo 5º da Constituição, mas pelo inciso X, do mesmo artigo, que assegura o direito à intimidade e à privacidade. Deste modo, forçoso concluir que também os dados armazenados são protegidos constitucionalmente.

A Constituição, no referido artigo 5º, inciso XII, admite a quebra da comunicação telefônica nos casos em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal, não fazendo o mesmo quanto à quebra de sigilo de dados. Daí a pergunta: a inviolabilidade de dados é absoluta e, conseqüentemente, insuscetível de qualquer restrição? A resposta tem de ser negativa. Nenhum direito fundamental é absoluto. O que ocorre é que o direito fundamental não pode ser limitado por lei de estatura inferior, mas o é por outro valor jurídico constitucional. Assim, havendo conflito entre dois direitos constitucionais fundamentais, é possível à autoridade judiciária - e só a esta - limitar o sigilo de dados. A doutrina estrangeira, sobretudo a alemã, seguindo Ignácio de Otto Y Pardo⁶ prestigia a teoria dos limites imanentes das normas constitucionais, exatamente no sentido de permitir a limitação de um direito fundamental, mesmo sem expressa autorização da Constituição, desde que o seja para preservar outro direito constitucional. O método de tal teoria é a ponderação de bens, largamente utilizada pelos países europeus. Não basta, entretanto, qualquer motivo, qualquer razão. É preciso que esteja em risco outro direito tão valioso ou mais, em dadas circunstâncias, que o sigilo de dados.

É intuitivo que esse outro direito deve ser tão valioso do que aquele

⁵ Crime Organizado.

⁶ Derechos Fundamentales y Costitución.

que permite a quebra do sigilo telefônico. E o motivo é simples: se a Constituição permitiu a quebra do sigilo telefônico somente para a comunicação telefônica, para investigação criminal, nos casos em que a lei ordinária especificou (Lei nº 9.296/96), que são casos de grande gravidade, não teria sentido autorizar-se a quebra de sigilo de dados para hipóteses de menor importância. Deste modo, a simples alegação de crime não se presta a autorizar a violação da comunicação de dados. É preciso algo mais, como, por exemplo, um conflito concreto entre o direito em exame e o direito à vida, como em casos de seqüestros; ou entre aquele e o direito à prova, inerente ao direito de ação, quando a única prova possível para autorizar a demanda estiver contida em dados. A propósito deste último exemplo, Barbosa Moreira⁷ sustenta que não é justo que o direito à prova, decorrente do direito de ação, tenha sempre que ceder ante o princípio da proibição de prova ilícita. Mas é preciso aditar que não é qualquer exercício do direito de ação que autoriza a quebra do sigilo, mas só aquela ação relevante sob o aspecto dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal já inadmitiu a captação de dados estanques, contidos em memória de computador, por violação do direito à intimidade. Fê-lo no famoso processo movido contra o ex-presidente Fernando Collor de Mello e outros. Na época, a apreensão dos dados ocupou intensamente a imprensa, que, há poucos dias, rememorou o acontecimento narrando toda a sua trajetória⁸. Segundo o jornal, um membro da CPI que então investigava o ex-presidente, o ex-senador José Paulo Bisol, teria comandado uma *blitz* na empresa Verax, de Paulo César Farias, e, sem mandado judicial, teria apreendido o computador que conteria um programa de distribuição de propinas, bem como informações sobre as verbas liberadas pelos ministérios. Assim decidiu o Supremo, conforme o trecho da ementa abaixo transcrito:

“1.1. Impossibilidade, como prova, de laudos de gravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de microcomputador, obtidos por meios ilícitos (art. 50, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a gravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art.

⁷ Restriciones a la prueba en la Constitución brasileña, em Revista de Derecho Procesal, p. 791/803.

⁸ O Globo, de 30/03/97, p. 36.

5º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arripio da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X, da CF) (Ação Penal nº307- DF - MP x Fernando Affonso Collor de Mello e outros, julgado em 13/12/94, relator Ministro Ilmar Galvão).

No mesmo acórdão, o Supremo recusou às comissões parlamentares de inquérito, o poder de apreender os dados sem mandado judicial, interpretação que, mais uma vez, está causando recente polêmica no episódio da CPI dos precatórios. Ressalte-se que as CPIs estão cada vez mais se multiplicando, devido ao êxito alcançado com o processo de *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello. No afã de recuperar a credibilidade do Poder Legislativo, os membros deste Poder viram nas CPIs. o grande instrumento de aproximar-se do anseio popular de moralização do País e, com isso, sempre há alguma CPI instalada para este ou aquele fim, seja no Congresso Nacional, ou na Assembléia Legislativa ou na Câmara de Vereadores. O furor investigatório e a autopromoção por parte de alguns membros pode acarretar o abuso do poder investigatório e perda de credibilidade das provas produzidas. Há poucos dias, o jornal O Globo⁹ exibia o título: “Excessos podem tornar inócua a CPI” e, na matéria, questionava a possibilidade ou não de a CPI quebrar sigilo bancário sem autorização judicial, mencionando declarações de ministros do STF em sentido negativo, sem mencionar a fonte.

A generalização da quebra do sigilo bancário de várias pessoas, suspeitas ou não, e demais métodos de investigação, sem qualquer limitação ao objeto investigatório, também acarretam violação de direito constitucionalmente assegurado. A prova tem de incidir, necessariamente, no objeto da pretensão levada à juízo. Desbordar este limite, ou não precisar este limite, acarreta o excesso de poder investigatório. A propósito, a Constituição Federal desenhou-lhe os contornos, sublinhando a *determinação* do objeto a ser investigado e o *tempo* certo que durará seus trabalhos, *in verbis*:

“Art.58..

P. 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos internos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de

⁹ Edição de 30/03/97, p. 35.

fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

Ai está a preocupação demonstrada pelos constituintes quanto à indeterminação do objeto e da duração das CPIs.

Quanto à expressão “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, o grande dilema é saber se nela está incluída a quebra do sigilo constitucional, sem depender do Judiciário. Luiz Roberto Barroso¹⁰ enfrenta decisivamente a matéria e, recorrendo a grandes vultos da doutrina nacional e estrangeira, afirma que o dispositivo constitucional apenas pretendeu dar caráter obrigatório às determinações da Comissão, sem, contudo, atribuir-lhes excoutoriedade. Conclui, assim, que “*Seria insensato retirar bens e valores integrantes do elenco secular de direitos e garantias individuais do domínio da serena imparcialidade de juízes e tribunais e arremetê-los para a fogueira das paixões politizadas da vida parlamentar*”¹¹.

A propósito, um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realçou que também a CPI não tem poderes ilimitados, devendo se circunscrever às matérias em que tem competência para legislar. Sua finalidade, assim, é investigar para melhor legislar e, não, apenas a investigação pela investigação. Veja-se o trecho do acórdão:

“O poder parlamentar não vai ao infinito, não é detentor das rédeas do absoluto, mas se delimita às atividades que lhe são inerentes, ou sejam, legislar e fiscalizar atos da administração pública em todo o seu raio de atuação e desdobramentos, mas sem romper as balizas do itinerário constitucional. Se o extrapola, sua ação se alça juridicamente comprometida e se submete à poda jurisdicional, por provocação de quem se acha legitimado a fazê-lo... Também o insigne Pinto Ferreira, após meticulosa análise sobre “Os Poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito”, trazendo a lume o posicionamento do Pretório Supremo dos Estados Unidos, destaca que “o poder de investigar constante da comissão parlamentar de inquérito é decorrente do poder de legislar e, por conseguinte, um instrumento eficiente para o desencargo de sua missão legislativa”. Contentível, adverte: “amplo

¹⁰ O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas p. 332.

¹¹ Idem, p. 331.

como é esse poder de investigação, não é contudo ilimitado. Nele não se compreende o poder geral de expor os negócios privados dos indivíduos, a não ser que o justifiquem em termos da função do Congresso”...” (Mandado de Segurança 179/94, Órgão Especial, DOJ 30/03/95, p. 263, ementa 5, julgado em 27/06/94, relator Desembargador Ellis Hermydio Figueira, por maioria).

Consigne-se, a bem da verdade, que o acórdão enfocava outra situação que não a analisada, consistente no poder de a CPI investigar entidades privadas, bem como que houve votos vencidos sustentando a ampla possibilidade de investigação, mesmo envolvendo direitos constitucionais.

Enfim, o Supremo Tribunal Federal, no acórdão referido, do processo do ex-presidente Collor, citado mais acima, considerou ilícita a apreensão do computador que conteria a prova do esquema de corrupção no governo, pela CPI, sem mandado judicial, inaugurando, assim, a tese de que os poderes de investigação são aqueles que não violam os direitos fundamentais, caso em que sempre será necessário o mandado judicial.

Nesse mesmo sentido, o Supremo, recentemente, proibiu a quebra de sigilo telefônico de um envolvido no esquema dos precatórios, levada a efeito pela CPI que o apura. A liminar, apesar de deferida pelo Ministro Carlos Velloso¹² e confirmada pelo plenário, acabou cassada quando da extinção do processo sem exame do mérito, segundo fontes da imprensa¹³.

Finalmente, a última questão a propósito do sigilo de dados é o parágrafo único da já referida Lei nº 9.296/96 que, ao tratar das interceptações telefônicas, estendeu-as também à comunicação em sistemas de informática e telemática. O texto está assim redigido:

“Art. 1º - A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

P. único - O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.”

Diversas opiniões da doutrina já consideraram o dispositivo inconstitucional. E o motivo é simples. A Lei nº 9.296/96 só poderia restringir as comunicações telefônicas e, não, a de dados, por não haver autorização constitucional. Nesse sentido, manifestou-se, entre outros, José Henrique

¹² O Globo, de 12/04/97, p. 23.

¹³ O acórdão não foi ainda publicado.

Barbosa Moreira Lima Neto¹⁴, citando Humberto Pena de Moraes. Explica o autor que, segundo os técnicos Marcos Paciti e Eduardo Rosemberg, “em todas as comunicações de telemática ou informática abrangidas pela lei, a transferência de dados é uma constante. Qualquer computador, quando em ligação simultânea com outro, através de uma rede qualquer, se utiliza da transferência de dados como meio hábil para estabelecer um elo de ligação”.

5. **Sigilo bancário** - A doutrina tem se inclinado a considerar que a proteção do sigilo bancário decorre diretamente do artigo 5º, X, da Constituição, especialmente da proteção à intimidade, seguindo tendência da doutrina estrangeira. Contudo, não se trata de direito absoluto, havendo casos em que é possível acessar os dados bancários, posição doutrinária confirmada pelas decisões jurisprudenciais:

Supremo Tribunal Federal

“I - A quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5º.-X e XII da Constituição Federal (Precedente: PET.577).

II - O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória (HHCC 55.447 e 69.372; RE 136.239, inter alia)”.

Agravo regimental não provido. Ag. Reg. em inquérito nº 897. Julgamento em 23/11/1994. Publicação: DJ 24-03-95. Relator: Ministro Francisco Rezek.

Superior Tribunal de Justiça

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DIREITO NÃO-ABSOLUTO A INTIMIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA. VERDADE REAL. DEFERIMENTO. JUÍZO DE VALOR SOBRE A PROVA PRETENDIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I - É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagrado no art. 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Todavia não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia à

¹⁴ A inconstitucionalidade da Lei de Comunicações Telefônicas, em Internet, de novembro de 1996. vol. 2, nº 15.

intimidade constitucionalmente assegurada”.

Agravo regimental nº 187/96 em inquérito. Decisão em 21-08-1996. Publicação em 16/09/1996. Relator Min. Salvio de Figueiredo Teixeira.

Inicialmente, o sigilo bancário fez parte do direito consuetudinário brasileiro, galgando disciplina legal na Lei nº 4.595/64, no artigo 38 e seus parágrafos. Prevê a Lei a quebra do sigilo: pela autoridade judicial e limitadamente “às partes legítimas da causa” (parágrafo 1º); pelas comissões parlamentares de inquérito (parágrafo 3º) e pelos agentes fiscais da União e do Estado, quando houver processo instaurado e quando a medida for considerada indispensável pela autoridade competente (parágrafo 5º).

Posteriormente, a Lei nº 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro, permitiu ao Ministério Público a quebra do sigilo em caso de crime financeiro, nos seguintes termos:

“Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta Lei.

P. único. O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no caput deste artigo.”.

Posteriormente, surgiu a Lei nº 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que dispôs:

Art. 26 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

...

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

...

§ 1º - As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça.

§ 2º - O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

No mesmo ano, surgiu a Lei Complementar nº 75/93 - Lei Orgânica do

Ministério Público da União, em cujo artigo 8º e em seus diversos incisos, se estabeleceu as mesmas prerrogativas que a Lei acima citada, acrescentando:

“VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;”

A matéria provoca inúmeras discussões. O Superior Tribunal de Justiça tem posição firmada no sentido de que nem o Ministério Público, nem a administração pública podem quebrar o sigilo bancário sem ordem judicial.

Quanto ao Ministério Público, entendeu que a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada pela Constituição como lei complementar e que a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) é lei ordinária, incapaz, portanto, de suplantá-la. Somente quando incidir crime financeiro é que o Ministério Público poderia quebrar o sigilo bancário, nos termos da Lei nº 7.492/86. Vejam-se os acórdãos a seguir, neste mesmo sentido:

“RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 1.290 - MG (Registro nº 91.0012059-6)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. REQUISICÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA.

1. Promotor de Justiça pode requisitar informações e documentos às instituições financeiras destinadas a instruir inquérito policial, ressalvadas as hipóteses de sigilo (LC 40/81, art. 15, I e IV).

2. O sistema financeiro nacional é estruturado em lei complementar - CF, art. 192, caput. Assim, a Lei nº 4.595, de 1964, foi recepcionada como tal, somente pode ser alterada por lei complementar. Assegurado, no art. 38, o sigilo bancário, as requisições feitas por Promotor de Justiça, si et in quantum, submetem-se a essa limitação, também inserta na LC 40/81, nada impedindo que o faça através do Poder Judiciário.

3. Tratando-se, no entanto, de crime contra o sistema financeiro nacional, o Ministério Público Federal poderá requisitar a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos na Lei nº 7.492 de 1986.

4. A hipótese dos autos aí não se enquadra, motivo pelo qual se concede a ordem para trancar a ação penal”. (Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade).

“HABEAS CORPUS Nº 2.019-7 RJ

(Registro nº 93.0017007-4)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

EMENTA: Processual Penal. Requisição de informações bancárias requisitadas pelo Ministério Público. Sigilo Bancário.

- O artigo 192 da Constituição Federal estabelece que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar.

- Ante a ausência de norma disciplinadora, a Lei nº 4.595/64, que instituiu referido sistema, restou recepcionada pela vigente Constituição da República, passando a vigorar com força de lei complementar, só podendo, destarte, ser alterada por preceito de igual natureza.

Assegurado no art. 38 da Lei 4.595/64, o sigilo bancário, as requisições feitas pelo Ministério Público que impliquem em violação ao referido sigilo, devem submeter-se, primeiramente, à apreciação do Judiciário, que poderá, de acordo com a conveniência, deferir ou não, sob pena de se incorrer em abuso de autoridade.

- Ordem concedida”. (Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça).

Veja-se que os acórdãos não se referem à Lei Complementar nº 75/93, que dispõe sobre o Ministério Público da União. Contudo, a solução não poderia ser outra, embora por fundamento diferente: se a Constituição não permitiu a quebra do sigilo bancário, por violar o direito à intimidade, não poderia a Lei estabelecer exceções. Ou, ainda, que qualquer ameaça a direito individual só pode ser exercida mediante o devido processo legal e por decisão judicial fundamentada, como sustentou Juarez Tavares¹⁵.

Ainda sobre outra ótica o assunto deve ser examinado. Posteriormente à discussão travada no Superior Tribunal de Justiça, surgiu a Lei nº 9.034/94, que prescreve:

“Art. 3º - Nas hipóteses do inciso III, do artigo 2º desta Lei, ocorrendo 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”.

Ora, com esta redação, a Lei 9.034/94 revogou a Lei nº 7.492/86, que possibilitava ao Ministério Público quebrar o sigilo bancário, mesmo nos casos de crime contra o sistema financeiro. Isto porque, se a diligência tiver de ser procedida pelo juiz em caso de violação a sigilo constitucional,

¹⁵ A violação do sigilo bancário em face da proteção da vida privada em Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 1, jan/março de 1993, p. 105/111.

e este sempre ocorrerá, não tem sentido algum o Ministério Público quebrar o sigilo, mas só poder ter acesso às informações por meio do Poder Judiciário. Isso equivale a não poder quebrar o sigilo bancário sem autorização judicial. Além disso, em caso de possível restrição a direito fundamental, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário decidir pela restrição ou não, na medida em que é o poder do Estado dotado de atribuição constitucional para zelar pelos direitos fundamentais.

Quanto à administração pública, a interpretação do STJ dos artigos 197, II e seu parágrafo 1º do Código Tributário Nacional e o artigo 38 da Lei nº 4.595/64, parágrafo 5º é no sentido de considerar indispensável a existência de processo *judicial* instaurado e, não, processo administrativo, bem como de ordem da autoridade *judiciária* competente e, não, da autoridade administrativa. A propósito:

“RECURSO ESPECIAL Nº 37.566-5 - RS

(Registro nº 93.0021898-0)

Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo

EMENTA: Tributário. Sigilo bancário. Quebra com base em procedimento administrativo-fiscal. Impossibilidade.

O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X).

Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados.

Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e inscritas por autoridade administrativa competente.

Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei.

Interpretação integrada e sistemática dos artigos 38, § 5º, da Lei nº 4.595/64 e 197, inciso II e § 1º do CTN.

Recurso improvido, sem discrepância”. (Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade).

6. Sigilo Fiscal - O Código Tributário Nacional dispõe:

“Art. 198. Sem prejuízo 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 situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

P. único. Excetua-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.”

Portanto, unicamente as Fazendas Públicas e a autoridade judiciária podem ter acesso às informações fiscais, que também estão cobertas pelo sigilo constitucional. Este, por sua vez, não inibe o conhecimento das informações para as Fazendas, de vez que é da essência mesmo das informações fiscais a comunicação à administração pública, para efeito da incidência dos tributos. Nenhuma outra possibilidade existe para a quebra do sigilo fiscal.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil. Execução. Requisição de informações à Receita Federal. Indeferimento. Precedentes. Recurso improvido.

I - Segundo posicionamento que vem adotando a Turma, em face do interesse da Justiça na realização da penhora, ato que dá início à expropriação forçada, admite-se a requisição competente do Imposto de Renda para fins de localização de bens do devedor, quando frustrados os esforços desenvolvidos nesse sentido.

II - Somente quando demonstrado o exaurimento das providências à obtenção das informações, é de admitir-se a requisição das mesmas”. (Recurso especial nº 8.806-CE, julgado em 10/12/91, relator Ministro Sálvio Figueiredo).

Há poucos dias, a revista Veja estampou a declaração de renda de envolvidos no escândalo dos precatórios. Evidentemente que o fez sem autorização legal, como visto acima, mesmo porque quando se quebra o sigilo fiscal, impõe a lei à autoridade que o fizer o dever de manter o sigilo para fins estranhos aos da investigação.

7. **Sigilo Telefônico** - A Constituição de 1988 proibiu a produção de prova ilícita no processo e, especificamente, assegurou o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo esta última nos casos que a lei estabelecer e por ordem judicial. Ambos os dispositivos constitucionais têm a natureza de norma constitucional de eficácia plena, ou seja, não dependem de nenhuma outra norma para terem plena vigência e aplicabilidade imediata, com exceção da parte final do inciso XII do artigo 5º, que permite a quebra do sigilo telefônico, que é norma de eficácia contida, pois dependeria da edição de norma futura para ter aplicabilidade. Neste sentido é o teor do acórdão do STF no HC 69.912-RS, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. A lei que veio regulamentar a gravação de comunicação telefônica é a Lei nº 9.296/96 e só a partir dela e segundo seus termos é que a gravação é, em princípio, lícita.

O termo prova ilícita tem uma acepção variada. Em linhas gerais, a doutrina indica que a prova ilícita se divide em prova ilícita (em sentido restrito) e em prova ilegítima. Prova ilícita é aquela que viola norma de direito material, que protege direitos individuais, como o direito à privacidade. Prova ilegítima é a que viola norma de direito processual, como arrolar mais testemunhas que o número permitido e outros casos previstos no CPP 186, 206, 207, 233, 241, 243 p. 2º e 244. A qual tipo de prova se referiu a Constituição? A prova ilícita em sentido estrito: aquela que viola direito material, pois para a prova ilegítima o direito processual já prevê a solução. São três as correntes acerca da admissão do uso da prova ilícita: da admissibilidade (*male captum, bene retentum*), da inadmissibilidade e da ponderação de bens. A Constituição optou pela da inadmissibilidade.

Discute-se muito sobre a extensão ou a contaminação da nulidade de uma prova obtida ilicitamente a outras provas em tese lícitas. Imagine-se que, ao gravar ilicitamente uma conversa telefônica entre supostos traficantes, descobre-se que terceiro praticou um homicídio. Abordado pela polícia este terceiro confessa o crime e indica onde está o corpo. Poderia a confissão ser usada ou estaria ela contaminada pela ilicitude da gravação clandestina?

A Suprema Corte americana construiu a doutrina das *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual ocorreria a contaminação da prova, o que foi decidido em *Wong Sun vs. United States* (371 US 471, 487 - 1962).

Em 1993, o STF também decidiu da mesma maneira, embora em votação apertadíssima que teve o voto minerva de seu presidente (HC

69.912-RS, relator Ministro Sepúlveda Pertence).

O CPP 573 p. 1º dá o fundamento legal para esta interpretação, propugnando pela anulação de atos dependentes dos atos processuais anulados.

A Lei nº 9.296/96, no artigo 1º permite a gravação de comunicação telefônica convencional ou feita por meio do sistema de informática e telemática, desde que preenchidos os pressupostos que são: indícios razoáveis de autoria ou participação; imprescindibilidade (a prova não puder ser feita de outro modo); e infração punida com pena de reclusão. O uso do sistema de informática e telemática e sua possível inconstitucionalidade foi abordado no item 4.

Além dos pressupostos a Lei exigiu os seguintes requisitos: descrição, por escrito ou reduzida a termo, do objeto da investigação, se possível com a qualificação dos envolvidos bem como dos meios a serem empregados; ordem judicial fundamentada e indicando a forma de sua execução.

Somente durante as investigações policiais ou o processo penal a gravação é possível e pelo prazo de 15 dias prorrogáveis por mais 15.

Para a diligência é indispensável que seja conduzida pela autoridade policial; seja dada ciência ao MP; que a transcrição da gravação seja feita com preservação do sigilo da diligência; que seja enviado ao juiz auto circunstanciado da diligência com o resumo da gravação; autuação em autos apartados que somente serão apensados ao inquérito imediatamente antes do relatório ou somente serão apensados à ação penal imediatamente antes do saneamento (CPP 407, 502 e 538).

A parte que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito ou a ação penal, na presença do Ministério Público e do interessado que desejar acompanhar a diligência.

Portanto, somente nestes casos é admissível a quebra do sigilo telefônico.

Outra situação, não regulada pela Lei referida, é a gravação clandestina, consistente na gravação de conversa por um dos participantes com terceiro, sem conhecimento deste. Ada Pellegrini Grinover¹⁶ informa que a doutrina internacional admite como lícita a gravação e que, no Brasil, a jurisprudência é vacilante, ora admitindo ora inadmitindo. Admitindo a gravação por participante da conversa telefônica, cita-se o acórdão abaixo, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“Mandado de segurança. Inquérito administrativo. Prova fonográfica. Ordem denegada.

Mandado de segurança. Pretensão de obter que gravação magnética, cuja autenticidade está sendo negada pelo impetrante, seja desentranhada dos autos de procedimento administrativo. Invocação equivocada de dispositivos constitucionais atinentes à prova magnética de comunicações telefônicas autênticas, inaplicáveis aos casos em que se alega contrafação. Ausência da prova de prática ilícita na obtenção do material apresentado. A lei proíbe e pune a interceptação telefônica, ou seja, quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiros, ou conversação telefônica entre outras pessoas. Já o participante de uma conversa telefônica pode usar aquilo que ouviu de outro, salvo se a revelação causar danos a terceiros. O conteúdo de conversa telefônica, quando gravado, merece o mesmo tratamento dispensado aos outros meios probatórios. Privacidade. O conceito de privacidade, no sentido da proteção constitucional, não acoberta, em caso algum, ato executório de crime” (DOJ 29/02/96, p. 179, ementa nº 14, Mandado de Segurança nº 1.044/94, Órgão Especial, relator Des. Pedro Américo R. Gonçalves, por maioria).

O Supremo Tribunal Federal, no acórdão examinado no item 4, referente ao ex-presidente Collor, rejeitou a gravação por considerá-la ilícita.

8. Sigilo Eleitoral - A mesma Lei nº 9.034/95 permite também o acesso a dados eleitorais.

A matéria é disciplinada pela Lei nº 7.444/85 que dispõe sobre a implantação do processamento eletrônico de dados eleitorais, proibindo a utilização de dados exceto pela Justiça Eleitoral, nos termos seguintes:

“Art. 9º- Tribunal Superior Eleitoral baixará as instruções necessárias à execução desta Lei, especialmente para definir:

...

I - a administração e a utilização dos cadastros eleitorais em computador, exclusivamente, pela Justiça Eleitoral.”

Com a superveniência da Lei nº 9.034/95, o Superior Tribunal Eleitoral considerou que a Lei nº 7.444/85, naquilo em que proibia inteiramente o acesso aos dados eleitorais, passou a comportar exceção, apenas

¹⁶ As nulidades no Processo Penal, p. 154.

para efeito de permitir o acesso aos dados em se tratando de investigação ou ação penal sobre organizações criminosas. Neste sentido, editou a Resolução nº 19.783/97.

9. Intervenções Corporais - Questão pouco debatida no Brasil é a licitude das denominadas intervenções corporais para fins de obtenção de prova em processo judicial, como a extração de sangue para realização de exame de pareamento cromossômico (DNA) ou de dosagem alcoólica, a exalação de ar também para verificação do nível de álcool no organismo, a coleta de urina, a extração de substâncias contidas debaixo da unha dos suspeitos (*finger scrapings*), cirurgias no próprio corpo da pessoa suspeita, coleta de impressões digitais, a gravação de conversa entre duas pessoas (gravação ambiental), o exame em cavidades do corpo (ânus, vagina) etc.

Ao lado das intervenções corporais existem outras emanções do corpo humano comumente usadas como prova, como a voz (captada publicamente), a escrita, a imagem fotográfica ou filmada etc. que, apesar de não incluída no conceito das intervenções corporais, serão examinadas neste item para melhor sistematização.

Ainda não temos tantos debates sobre o tema em virtude da ineficiência do aparelho de investigação do Estado. Mas não podemos perder a oportunidade de já fixar alguns conceitos.

Inicialmente, cumpre conceituar as investigações corporais. Seguindo proposta de Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano¹⁷, são medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento, e por meio da coação direta, se necessário, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam do interesse para o processo, em relação com as condições ou o estado físico ou psíquico do sujeito, com o fim de encontrar objetos nele escondidos.

Há uma distinção entre investigação corporal e registro corporal, elaborada na Alemanha, mas que não tem pertinência prática. As investigações são realizadas no corpo mesmo e os registros o são na superfície do corpo, incluindo as cavidades naturais do corpo humano.

Os países disciplinam o assunto de modo variado. Em princípio, na Alemanha é possível a intervenção corporal, inclusive a extração compul-

¹⁷ Proporcionalidad Y Derechos Fundamentales en e Processo Penal, p. 290.

sória de sangue para realização de exame de DNA.

Na Itália (CPP 245/294) e em Portugal (CPP 172) também se admite a intervenção, desde que não se atente contra a intimidade e o pudor, na medida do possível. Em Portugal, admite-se a coação direta para a realização do exame.

Na França, admite-se a intervenção, em princípio, mas não a coação direta,¹⁸ substituída por sanções pela recusa em submeter-se ao exame.

Na Espanha, a jurisprudência ora a admite, ora não. O Tribunal Constitucional, na sentença 37/89, assentou que somente afetam a intimidade da pessoa as intervenções que violam o recato e o pudor. Já uma sentença de tribunal inferior, a Audiência Provincial de Cádiz, em 16/05/89, decidiu que somente é possível a investigação realizada por radiografia ou por técnicas manuais. Sustenta Nicolas Serrano que a Constituição espanhola não proíbe o legislador ordinário de estabelecer as intervenções corporais, mas, como ainda inexistente lei sobre o assunto, as intervenções são inadmissíveis segundo o princípio da legalidade.

Nos EUA, segundo Alderman e Kennedy¹⁹ a Suprema Corte já decidiu que se a polícia prende alguém legalmente, está autorizada a proceder à busca pessoal sem mandado judicial, quando as circunstâncias exigirem a urgência da medida, inclusive para realizar as intervenções necessárias. Do mesmo modo, tem decidido que a gravação ambiental, a apreensão de manuscritos, a fotografia aérea e a tomada de foto aérea, o registro bancário e a coleta de impressões digitais não violam a 4ª Emenda por não se incluírem na noção de “*searches*” (intervenções). Já a exalação de ar, a coleta de urina, a extração de sangue, a cirurgia no corpo, o *finger scrapings* são consideradas “*searches*” e, portanto, somente se admite se forem razoáveis e autorizadas judicialmente, mediante afirmação de sua necessidade e precisão quanto aos limites da intervenção.

No Brasil, a discussão tem sido bastante tímida. Em parte porque os órgãos de investigação não dispõem de condições técnicas de realização de tais exames. Por outro lado, quando a polícia pratica as intervenções corporais que estão ao seu alcance, o faz sem qualquer cuidado em relação à prévia autorização judicial e sem qualquer respeito à intimidade do suspeito. Assim é que as buscas pessoais são realizadas normalmente; a busca domiciliar é

¹⁸ Obra citada, p. 305.

¹⁹ Obra citada.

amparada sempre em duvidosa autorização do morador; a exalação de ar é feita sem qualquer problema; enfim, o que está ao alcance da polícia, ela o faz sem mandado judicial e, normalmente, os interessados nada alegam em sua defesa e, quando o fazem, não raro encontram a indiferença dos tribunais. Vem de todo a calhar o diagnóstico que Alejandro Carrió²⁰, fez de idêntica situação na Argentina: “*Con cierta tristeza debo confesar mi convicción de que la nuestra sociedad es una sociedad con una fuerte tendencia al autoritarismo. Los funcionarios públicos...no se cuidam demasiado de obrar dentro de los limites de la ley, y los ciudadanos a su vez poco hacen, quizás porque adivinam la futilidad de su esfuerzo por defender sus derechos. El resultado de esta mezcla suele ser abuso por un lado, y resignación por otro*”.

Poucas são as decisões dos Tribunais superiores sobre o assunto. Quanto ao exame de DNA, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“*Impossibilidade de obrigar a parte a fazer o exame de DNA*” (HC 71.373, julgado em 10/11/94, relator Ministro Marco Aurélio de Melo).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu sobre o mesmo tema:

“*Investigação de Paternidade. Prova hematológica. Recusa à exame pericial. Redução da pensão alimentícia. Provimento parcial.*

Recusa sistemática do investigado de se submeter ao exame hematológico, conhecido pela sigla DNA. Impossibilidade jurídica de ser realizado o exame de forma coercitiva, cabendo ao julgador avaliar os efeitos da recusa. Apelação improvida, confirmando-se a sentença que acolheu a pretensão investigatória. (Apelação nº 4.685/93, DOJ 29/08/96, p. 159, ementa nº 17, relator Desembargador José Rodriguez Lema).

Quanto à gravação ambiental, é preciso distingui-las das interceptações telefônicas, estas, em princípio, inadmissíveis, segundo o artigo 5º, XII da Constituição. A gravação ambiental é a gravação de conversa direta entre as pessoas, sem o uso do sistema telefônico.

Não há regramento específico no Brasil. Há quem sustente deva ser aplicada a mesma disciplina das Interceptações telefônicas, como ocorre na Itália (CPP 266.2), exigindo a autorização judicial.

Ada Peliegrini Grinover²¹ sustenta que a gravação viola o direito à intimidade e, por isso, se torna ilícita.

As demais formas de intervenção corporal ainda não são conhecidas

²⁰ Garantías constitucionales en el proceso penal, p. 116.

da prática brasileira.

10. A Imprensa e o Direito à Intimidade - A partir da Constituição de 1988 que expressamente protegeu o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, sob pena de indenização por dano moral, passou a jurisprudência a colocar-se diante do tormentoso conflito entre liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.

Para bem compreender o tema, é preciso voltar à discussão sobre a limitabilidade dos direitos fundamentais e dos limites da liberdade de informação. Hoje está praticamente assentada a noção de que a liberdade de imprensa encontra limites nos direitos da personalidade, cabendo ao Poder Judiciário resolver os conflitos de interesses, ora fazendo prevalecer um, ora outro, conforme o interesse público recomendar.

Inúmeras são as decisões judiciais sobre o tema. A propósito, citam-se as decisões abaixo, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“Ordinária. Cautelar em apenso. Exibição da novela O Marajá. Eficácia da cautelar. Liberdade de expressão. Cabe ao Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito, entre eles a que ofendem a imagem e a honra de alguém. Provimento do recurso adesivo, tão somente para ampliar aquilo que a sentença havia concedido”. (Apelação nº 1.380/94, 7ª Câmara, relator Des. Perlingeiro Lovisi).

Tratou-se de ação movida pelo ex-presidente Fernando Collor em face da TV Manchete para impedir a exibição da novela O Marajá que supostamente violaria a intimidade da família do ex-presidente. O Tribunal entendeu procedente a pretensão e impediu a exibição.

O aresto a seguir cuidou da ação movida pelo ex-governador Nilo Batista em razão de uma charge sua publicada no jornal O Globo, retratando-o de modo considerado ofensivo:

“Ação ordinária. Responsabilidade civil. Dano moral. Publicação jornalística. Publicação ofensiva.

Responsabilidade civil. Imprensa. Dano moral. A liberdade de imprensa e de criação artística tem o dever de respeitar a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, que também são bens garantidos pela Constituição Federal.

²¹ Obra citada. p 153.

A charge quando é agressiva, violando a dignidade de uma pessoa extrapola o limite da criação artística” (Embargos infringentes na apelação cível nº 44/96, III Grupo de Câmaras Cíveis, por maioria, relator Des. Gualberto de Miranda, DOJ 8/8/96, p. 156, ementa nº 8).

Enfim, a jurisprudência tem sido firme no sentido de amparar o direito à intimidade quando violado por órgão de comunicação, sendo freqüente nos repertórios de jurisprudência a presença de grandes redes de televisão e de poderosos jornais.

11. Intimidade e Obras Biográficas - Ponto da maior importância e de difícil resolução, é estabelecer o equilíbrio entre o direito de informar sobre a vida de personalidades importantes e o direito à intimidade.

Recentemente, houve uma polêmica no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sobre o lançamento da biografia de Garrincha, considerada por suas filhas como atentatória à reputação do grande jogador. O Tribunal decidiu pela cassação da liminar que obstara a divulgação da obra, conforme o acórdão seguinte:

“Obra intelectual. Busca e apreensão de livros. Direito à Imagem. Vedação à Censura.

Art. 5º, IV, IX e art. 220 da Constituição Federal de 1988.

Mandado de segurança.

Ordem denegada.

Cautelar inominada. Livro biográfico. Pleito liminar de apreensão à asseveração de atingir a imagem. A liberdade de expressão é direito fundamental. Vedação total da censura. Os autores de possíveis abusos ao direito de expressão, respondem civil e criminalmente. Descabimento da proibição, circulação e venda.

(Mandado de Segurança nº 1.011/95, 2ª Câmara Cível, relator Des. João Wehbi Dib, DOJ 20/03/97, p. 191, ementa nº 27).

A propósito, Piero Perlingieri²², oferece mais um complicador ao sustentar que o grupo familiar, como um todo, tem direito autônomo à intimidade, reconhecendo legitimidade de um familiar para postular a cessação de condutas de terceiros. Diz o autor: “A tutela da intimidade é ligada à pessoa não como tal, mas como componente do núcleo familiar. Cada um tem o direito, em relação aos parentes próximos, a que fatos e comportamentos de natureza existencial, relativos à ele e à sua família em sentido lato, não

²² Perfis do Direito Civil. p. 182/183.

sejam divulgados ao externo”.

Deste modo, o membro da família poderia impedir a divulgação de fatos familiares, até mesmo por parte de outros membros da mesma família.

A doutrina estrangeira²³ se inclina por admitir a ampla liberdade das biografias, especialmente das biografias romanceadas, reconhecendo-lhe importância na construção da História.

12. Intimidade e Segredo de Justiça - Outro aspecto interessante é o direito ao segredo de justiça e sua violação. A lei estabelece as hipóteses de restrição à publicidade dos atos processuais, como exceção à regra prevista constitucionalmente.

Incidindo uma dessas hipóteses, fica proibido às partes e ao Poder Judiciário a divulgação dos atos processuais.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu indenização à parte que gozava de segredo de justiça e teve ato processual de seu processo divulgado em Diário Oficial. Veja-se o acórdão:

“Ação de indenização. Processo em segredo de justiça. Publicação no órgão oficial. Responsabilidade objetiva do Estado. Denúnciação da lide. Dano moral.

Ação indenizatória. Publicação no órgão oficial de sentença proferida em processo que corria em segredo de justiça. Danos morais. Responde o Estado por atos danosos de seus agentes praticados nessa qualidade. Denúnciação à lide dos causadores dos danos, cujo dever de indenizar resulta da mais levíssima culpa. “(Apelação cível nº 5.218/96, 5ª Câmara Cível, relator Des. Marden Gomes, DOJ 06/02/97, p. 149, ementa nº 2).

13. Intimidade e Pessoa Jurídica - Apesar de alguns direitos e garantias individuais estarem sendo aplicados às pessoas jurídicas, o direito à intimidade a elas não tem qualquer referência. Como assinalou Pietro Perlingieri²⁴, “estes aspectos assumem valor existencial unicamente para a pessoa humana; nas pessoas jurídicas, exprimem interesses diversos, o mais das vezes de natureza patrimonial”. O reconhecimento do sigilo bancário ou do sigilo fiscal em favor de pessoas jurídicas nada tem a ver com o direito à intimidade, mas com um interesse patrimonial de bancos e clientes e com um interesse público na confiabilidade no sistema financeiro e no sistema tributário.

²³ Por todos veja-se Antonio Aguilera Fernandez, em La libertad de expresión y la libertad de prensa o información.

Em que pesem tais afirmações, a jurisprudência brasileira vem se inclinando a reconhecer o direito de a pessoa jurídica receber indenização por dano moral, que se origina tradicionalmente, no sofrimento humano, como assentou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“Duplicata. Inexistência de causa debendi. Nulidade do título de crédito. Responsabilidade civil. Dano moral. Pessoa jurídica.

“...

A pessoa jurídica, embora não seja titular de honra subjetiva que se caracteriza pela dignidade, decoro e auto-estima, exclusiva do ser humano, é detentora de honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que o seu bom nome, reputação ou imagem forem atingidos no meio comercial por algum ato ilícito.

Ademais, após a Constituição de 1988, a noção do dano moral não mais se restringe ao prelium doloris, abrangendo também qualquer ataque ao nome ou imagem da pessoa, física ou jurídica, com vistas a resguardar a sua credibilidade e respeitabilidade” (DOJ 20/04/95, p. 191, ementa nº 6, Apelação nº 5.943/94, 2ª Câmara Cível, relator Des. Sérgio Cavalieri Filho, por maioria).

14. **Conclusão** - Em síntese, pode-se concluir que o auspicioso ingresso do reconhecimento constitucional do direito à intimidade no ordenamento jurídico brasileiro, pela Constituição de 1988, tem rendido bom debate doutrinário e jurisprudencial, que tem permitido o progresso do tema e razoável aplicação prática pelos tribunais do País.

Alguns aspectos, como o das intervenções corporais, que também se relacionam com outro princípio constitucional parcamente estudado - o princípio da dignidade -, ainda clamam por maior atenção dos doutrinadores e aplicadores da lei. Com certeza, o correto equacionamento da questão da segurança pública e do ordenamento das polícias - que são vitais para a nossa sociedade no estágio atual - esbarrará com a legalidade das ações policiais e propiciará mais um momento de reflexão sobre o tema.

O tema central da longa abordagem foi o direito constitucional da intimidade ou da vida privada. Estabelecido este como direito fundamental é ponto pacífico que lei infraconstitucional não pode restringi-lo. Deste

²⁴ Obra citada, p. 158.

modo, a única restrição a qualquer um dos sigilos previstos pela Constituição (sigilo telefônico, fiscal, bancário, eleitoral, de dados etc.) é a interceptação unicamente de comunicação telefônica, nos limites da Lei nº 9.296/96. Tudo o mais seria inconstitucional.

Não se está justificando as razões pelas quais o constituinte tratou diferentemente os vários meios de comunicação. Nem se está advogando um respeito absoluto a um direito individual em detrimento do interesse público. Muito ao contrário, o que está sendo preservado é a Constituição, a qual temos de prestar o tributo de defendê-la.

Continuam possíveis, como sempre o foram, as restrições advindas do embate entre valores constitucionais, devidamente ponderado pelo Poder Judiciário, caso a caso, e somente por ele. ◆