

OS DIREITOS À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE: ORIGEM, DISTINÇÃO E DIMENSÕES

RIGHT TO PRIVACY AND INTIMACY: ORIGIN, DISTINCTION AND DIMENSIONS

Rafael de Deus Garcia*

RESUMO

Este artigo tem a intenção de dissertar acerca do conteúdo, da origem, das diferenças e das dimensões dos princípios da vida privada e da intimidade, tendo como metodologia a revisão de literatura, na qual se buscou alcançar as principais obras e autores que tratam do assunto. Na pretensão de apontar uma distinção entre os princípios, sugerida no próprio texto constitucional, tem-se que a privacidade encontra-se historicamente ligada à proteção da propriedade e do direito de não ser importunado por meio de seus bens, enquanto a intimidade está relacionada à proteção do livre desenvolvimento e resguardo da personalidade. Sugere-se, ainda, a compreensão dos princípios a partir de suas possíveis dimensões, que são *o corpo, a mente, o domicílio, o comportamento íntimo, as comunicações, vida familiar e os dados pessoais*.

Palavras-chave: Privacidade; Intimidade; Constituição; Propriedade; Personalidade.

ABSTRACT

This paper intends to discuss the content, origin, distinction and dimensions of the right to privacy and to intimacy. As methodology, was applied the bibliographic review, which consisted in searching for the most important authors and publications on the subject. In order to point out a distinction between the principles, as proposed in the constitutional text itself, it is argued that privacy is historically linked to the protection of property and the right not to be harassed, while intimacy is related to protection of the free development and protection of personality. In order to understand the principles, it is also suggested its dimensions, which are the *body, mind, home, intimate behavior, communications, family life and personal data*.

Keywords: Right to Privacy; Intimacy; Constitution; Property; Personality.

* Graduado e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e professor substituído de direito penal e de processo penal no Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras. E-mail: rafaelgarcia@dir.ufla.br.

INTRODUÇÃO

A proteção jurídica do espaço privado é relativamente recente, e pode-se dizer que surgiu somente após a consolidação dos ideais de liberdade defendidos nas revoluções burguesas. Percebeu-se que o respeito à privacidade é verdadeiro pressuposto do exercício das liberdades individuais. De início, o direito à privacidade ganhou seus contornos a partir da defesa da propriedade, dentre as quais o domicílio foi elevado a elemento principal, na compreensão de que seria o espaço onde o sujeito estaria protegido não somente de terceiros, mas também do próprio Estado.

No entanto, a sociedade foi se tornando mais complexa, e o avanço das tecnologias, associado à possibilidade de exposição do sujeito a níveis antes inconcebíveis, foi fazendo surgir a necessidade de uma melhor compreensão do que seria efetivamente o direito a uma vida privada. A privacidade, então, passou a ser compreendida para além do âmbito da propriedade, inserindo-se de vez como um direito à personalidade.

Dentre os direitos de personalidade preceituados na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, em especial no inciso X, estão o direito à vida privada e o direito à intimidade. Na sequência, incisos XI e XII, também se referindo a esses direitos, protege-se o domicílio (XI), o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (XII).¹ Os princípios estão preceituados também na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 em seu art. 12.

Está, portanto, assim disposto o texto constitucional para proteção da vida privada e da intimidade. Porém, qual a origem e sentido desses princípios? E qual a diferença entre eles? A intenção deste artigo é responder a essas perguntas e, com a preocupação de relacioná-las à nova realidade tecnológica que se impõe sobre a sociedade, apresentar as diferentes dimensões desses princípios.

A intenção é apresentar uma sistemática de compreensão dos direitos à vida privada e à intimidade, percorrendo seus aspectos históricos, conceituais e doutrinários mais importantes. A metodologia empregada foi a da revisão bibliográfica, na qual se buscou levantar as principais publicações sobre o tema, para,

¹ X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

então, apontar certas lacunas conceituais e apresentar as dimensões específicas desses direitos.

Primeiro, o artigo levanta o percurso histórico da compreensão da privacidade. Na sequência, faz-se um levantamento da doutrina jurídica nacional sobre o assunto, onde percebeu-se haver convergência para duas principais correntes, uma identificada mais à linha do direito estadunidense e a outra que se alinha à teoria das esferas, de origem alemã. Em seguida, a partir da dicotomia proposta pela CF/88 ao preceituar vida privada e intimidade, busca-se apontar os motivos dessa diferenciação e seus possíveis sentidos. Por fim, apresenta-se as dimensões dos princípios, sem deixar de levantar a influência da tecnologia no contexto da privacidade.

A PRIVACIDADE E SEU CONTEXTO HISTÓRICO

A doutrina brasileira sempre encontrou dificuldade para conceituar e diferenciar os princípios da privacidade e da intimidade. Os conceitos não são estanques, confundem-se e, em muitas ocasiões, são colocados como sinônimos ou equivalentes. No entanto, acreditando que o constituinte separou vida privada de intimidade por uma razão, este estudo tentará analisar suas particularidades, e como que a tecnologia, especificamente, apresenta novos e importantes elementos para sua compreensão.

Hannah Arendt faz um apontamento importante, relacionando a privacidade dos modernos com a concepção de propriedade. Para explicar, remete aos antigos:

Devemos o pleno desenvolvimento da vida do lar e na família como espaço interior e privado ao extraordinário senso político do povo romano, que, ao contrário dos gregos, jamais sacrificou o privado ao público, mas, ao contrário, compreendeu que esses domínios somente podiam subsistir sob a forma da coexistência.²

No entanto, antes da era moderna, a riqueza era medida quase que essencialmente pelo número de empregados (leia-se escravos), que uma pessoa possuía. Com essa riqueza reconhecida, o domínio do espaço público pela política era então possível. Por Coulanges, é possível compreender melhor a contradição com os tempos atuais. Era “o corpo do homem que responde pela dívida, não a sua terra, pois a terra é inseparável da família. É mais fácil condenar um homem à servidão do que lhe tirar o direito à propriedade”.³ Uma vez que o lar era o centro

² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 72.

³ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 84.

existencial de um nome familiar, bem como de uma religião doméstica, a propriedade privada era uma instituição indispensável aos antigos.⁴

A propriedade era, portanto, direito natural, inamovível. Somente com as revoluções políticas da modernidade, juntamente com a quebra da vinculação familiar do individualismo, foi possível conceber a “retirada” dos bens privados de alguém. A preocupação dos burgueses revolucionários passou então a ser em proteger o bem privado a partir de outro direito, uma vez que o antigo direito natural não subsistia mais. Desse modo, a esfera privada se tornou preocupação pública.

Encarada desse ponto de vista, a moderna descoberta da intimidade parece constituir uma fuga do mundo exterior como um todo para a subjetividade interior do indivíduo, subjetividade esta que antes fora abrigada e protegida pelo domínio privado.⁵

Na modernidade, já não existe mais um único bem que não esteja sujeito à compra e venda, que não seja transmissível, passível de alienação. Se tudo o que me cerca é alienável, passível de destruição ou de perda, o que me resta é minha própria dignidade, minha concepção de pessoa, meu nome.

Ao contrário do que pode parecer, a propriedade privada não passou a ter menos valor nos modernos. Se a propriedade para o antigo era condição pré-existente em sua vida, tal qual sua herança em escravos, para o moderno sua propriedade era conquistada, dava-se pelo seu trabalho, não de outro. Para Arendt, uma característica da vida privada:

(...) é que as quatro paredes da propriedade privada de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum – não só contra tudo o que nele ocorre, mas também contra a sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido. Uma existência vivida inteiramente em público, na presença de outros, torna-se, como se diz, superficial. Retém a sua visibilidade, mas perde a qualidade resultante de vir à luz a partir de um terreno mais sombrio, que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade em um sentido muito real, não subjetivo. O único modo eficaz de garantir a escuridão do que deve ser escondido da luz da publicidade é a propriedade privada, um lugar possuído privadamente para se esconder.⁶

Já que a natureza nada garante ao sujeito moderno e já que sua propriedade é aquilo que pode dizer seu mérito e seu trabalho, é preciso criar um poder que proteja esse espaço em que se possa se autoafirmar, deixar descansar sua dignidade e deixar fluir-se sua liberdade.

⁴ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, p. 79.

⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 85.

⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 87.

A privacidade, nesse sentido, está intimamente relacionada ao individualismo. Não foi somente no campo político que a noção moderna de liberdade foi construída. Também na religião, com a revolução protestante de Lutero, Calvino e Henrique VIII, o individualismo ganhou forças, uma vez que a convicção religiosa passou a ser uma questão de consciência pessoal.⁷ Tem-se aí o que podemos identificar como liberdade de pensamento.⁸

A possibilidade de alienação e perda da propriedade exigiu mecanismos de controle e de proteção dos bens individuais, tanto em relação ao próximo quanto ao Estado.

Neste brevíssimo histórico, pode-se reconhecer a noção de privacidade para os sujeitos modernos. Para tanto, foi necessário que o indivíduo pudesse conceber uma cisão entre o “eu” e o mundo. Ao mesmo tempo constata-se que existe, na origem, uma forte relação entre privacidade e propriedade.

No mesmo sentido, na modernidade, o próprio corpo humano é compreendido em termos de posse ao sujeito. “É o avanço do individualismo ocidental que vai pouco a pouco permitir discernir, segundo um modo dualista, o homem de seu corpo”.⁹

Na modernidade, sequer o corpo consegue a absoluta inalienabilidade. Também ele é emprestado, tomado, cedido, seja a uma força de trabalho específica, seja à perpetuação de determinado poder – na forma biopolítica. A objetificação do corpo somente é possível na concepção de posse do sujeito em relação a ele, na concepção de que, de alguma forma, o “eu” pode estar desvinculado do “meu” corpo.¹⁰

As lutas político-sociais e o paulatino reconhecimento de direitos sociais, em relação com a segunda dimensão dos direitos humanos, trouxeram a importância do resguardo ao corpo. Daí a possibilidade de assimilação quase imedia-

⁷ LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*. Tradução de Fábio dos Santos Creder Lopes. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 69.

⁸ De acordo com Dias Neta: “No século XIX a propriedade era condição inafastável para se chegar à privacidade, passando esta a ser prerrogativa de uma emergente classe burguesa que, com seu forte componente individualista, utiliza-se dela para marcar sua identidade na sociedade e também para lhe proporcionar isolamento dentro da sua própria classe”.

“Contudo, a atual sociedade democrática, concertada pelo solidarismo inscrito no projeto constitucional, deteriora a identificação exclusiva da privacidade como o ‘direito a estar sozinho’, ou seja, a legitimação jurídica do isolamento como um valor a ser tutelado, e, ainda, como simples soma de esferas individuais, privadas” (DIAS NETA, Vallêda Bivar Soares. *Vida privada e intimidade: estrutura, conceito, função e limites na busca da tutela integral da pessoa humana*. Fortaleza: Conpedi, 2010. p. 8.138).

⁹ LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*, p. 60.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. Michel Senellart (Org.). São Paulo: Martins Fontes, 2008. 747p.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2010. 312 p.

ta entre intimidade e corpo. Um direito que se dispõe sobre o próprio corpo de quando ele pode ou não ser submetido ao poder de outrem, seja de sua imagem e suas atividades mais íntimas.

Em síntese, a construção de um direito à privacidade e à intimidade corresponde à disponibilidade crescente de todos os bens e do próprio corpo na sociedade capitalista moderna. Corresponde, portanto, à consciência crescente, no plano jurídico e moral, de que novas formas de invasão se estabelecem sobre a possibilidade de estar e de ser no mundo.

RIGHT TO PRIVACY E A DOCTRINA ESTADUNIDENSE

O direito estadunidense prevê o *right to privacy*. Não apresenta uma distinção entre privacidade e intimidade, entre direito ao segredo ou à reserva (da doutrina italiana). Apenas assinala, genericamente, o direito à privacidade, o que não deixa de ser um direito bem delimitado e bem compreendido na doutrina norte-americana, cuja preocupação jurisprudencial é também bastante marcada, em especial a partir da Quarta Emenda à Constituição dos EUA. Sua origem conceitual remete ao artigo de dois advogados que problematizaram a crescente e potencial invasão do governo e da mídia na vida das pessoas.¹¹

O entendimento americano de privacidade decorre especialmente do direito à propriedade, impondo limites ao poder estatal de invadi-la, controlá-la ou de dispô-la. No entanto, a jurisprudência foi se desenvolvendo e hoje apresenta um sentido bem mais complexo que o original.

Parte da doutrina brasileira parece aproximar-se da tradição iniciada no direito estadunidense, não fazendo uma distinção entre privacidade e intimidade. Para esta corrente, quando essa distinção é feita, ela não se revela materialmente relevante, sendo apenas uma questão de aprofundamento material. Na doutrina brasileira, perfilados a esse entendimento estão Gonet Branco,¹² Luiz Avolio¹³ e José Afonso da Silva.¹⁴

¹¹ ALLEN, Anita L. The natural law origins of the American right to privacy: natural law, slavery and the right to privacy tort. Natural Law. Symposium Fordham Law School, 2012. Disponível em: <[https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187\(2012\).pdf](https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187(2012).pdf)>. Acesso em: 01/09/2016.

BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. The right to privacy. Harvard Law Review, v. 4, 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 20/12/2014.

¹² GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Direitos fundamentais em espécie. In: *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 420.

¹³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 24.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional* positivo. São Paulo: RT, 1989. p. 183-184.

No entanto, ainda na linha da tradição americana, mais sofisticada é a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Jr. No resumo (*abstract*) do artigo a respeito do sigilo de dados pessoais, Ferraz Jr. destaca que “a privacidade é regida pelo princípio da exclusividade, cujos atributos principais são a solidão (o estar-só), o segredo, a autonomia. Na intimidade protege-se sobretudo o estar-só; na vida privada, o segredo; em relação à imagem e à honra, a autonomia”.¹⁵

A esse respeito, sustenta o autor que o direito à privacidade consiste em um direito subjetivo fundamental. Assim sendo, apresenta uma estrutura básica que se divide nos elementos *sujeito*, *conteúdo* e *objeto*.

O *sujeito* é o titular do direito. (...) é toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente (ou transeunte [...]) no País (art. 5º, *caput*). O *conteúdo* é a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constranger os outros ou de resistir-lhes (caso dos direitos pessoais) ou de dispor, gozar, usufruir (caso dos direitos reais). A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O *objeto* é o bem protegido, que pode ser uma *res* (uma coisa, não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou um interesse (no caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito.¹⁶

Ferraz Jr. diz ainda que o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt, comporta três atributos principais. São eles a solidão, ou o direito de estar só; o segredo, o direito de exigir sigilo; e a autonomia, enquanto direito de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações.¹⁷ Sobre intimidade, na mesma linha dos direitos já mencionados, trata-se de um recôndito, um aprofundamento do próprio conceito de privacidade. “No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos”.¹⁸

¹⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da FD-USP, v. 88, 1993, p. 439.

¹⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 440.

¹⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 441-442.

¹⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 441-442.

Ferraz Jr. acrescenta que o direito à intimidade está contido no princípio da exclusividade, que estaria fundamentado em Hannah Arendt¹⁹ com base em Kant.²⁰

Essa corrente, em resumo, com representação maior em Tércio Sampaio Ferraz Jr., apresenta a visão que mais se aproxima de um ideal individualista. Sua origem remonta ao direito à propriedade e, na sequência da jurisprudência estadunidense, segue a tradição de liberdades individuais e direitos civis (*civil rights*) diante do Estado e dos indivíduos, na ideia de que os sujeitos têm o direito de ter seu espaço íntimo reservado, sem sofrer interferências externas. Esse entendimento parte, ainda, da dicotomia tradicional entre público e privado, próximo da concepção formulada no começo da modernidade e sem agregar explicitamente o interesse público e social nos princípios.

¹⁹ Hannah Arendt fala sobre o princípio da exclusividade em *Reflections on Little Rock* (ca. 1960). Abaixo alguns trechos relevantes: The third realm, finally, in which we move and live together with other people – the realm of privacy – is ruled neither by equality nor by discrimination, but by exclusiveness. Here we choose those with whom we wish to spend our lives, personal friends and those we love (...) For reasons too complicated to discuss here, the power of society in our time is greater than it ever was before, and not many people are left who know the rules of and live a private life. But it provides a body politic with no excuse for forgetting the right of privacy, for failing to understand that the rights of privacy are grossly violated whenever legislation begins to enforce social discrimination. While the government has no right to interfere with prejudices and discriminatory practices of society, it has not only the right but the duty to make sure that these practices are not legally enforced.

Just as the government has to ensure that social discrimination never curtails political equality, it must also safeguard the rights of every person to do as he pleases within the four walls of his own home (ARENDDT, Hannah. *A condição humana*, p. 52-53).

Em tradução livre: O terceiro domínio, finalmente, em que nos movemos e vivemos em conjunto com outras pessoas – o domínio da privacidade – não é governado pela igualdade tampouco pela discriminação, mas pela exclusividade. Aqui escolhemos aqueles com quem desejamos passar nossas vidas, amigos pessoais e aqueles que amamos [...] Por razões por demais complicadas para se discutir aqui, o poder da sociedade em nosso tempo é maior do que nunca antes, e não são muitas as pessoas que conhecem as regras de uma vida privada e a vivem. Mas fornece um corpo político sem desculpas para esquecer o direito à privacidade, por não entender que os direitos à privacidade são grosseiramente violados toda vez que a legislação começa a provocar a discriminação social. Ainda que o governo não tenha o direito de interferir com preconceitos e práticas discriminatórias da sociedade, ele não tem apenas o direito, mas o dever de garantir que essas práticas não sejam incentivadas por lei.

Assim como o governo deve garantir que a discriminação social nunca restrinja a igualdade política, ela também deve salvaguardar os direitos de cada pessoa para fazer o que quiser dentro das quatro paredes de sua própria casa.

²⁰ “Na fundamentação de sua tutela, entendo que Hannah Arendt oferece como critério para limitar o direito à informação o princípio de exclusividade. Esse critério, articulado nos seus textos *Reflections on Little Rock* e *Public rights and private interests*, é compatível com os preceitos kantianos de publicidade, por ela esposados, à medida em que a intimidade enquanto o direito to be let alone não envolve direitos de terceiros” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. Estudos Avançados*. São Paulo: USP, v. 2, n. 30, 1997. p. 63).

A TEORIA DAS ESFERAS E A DOCTRINA ALEMÃ

Ao passo que a doutrina de Ferraz Jr. se aproxima da doutrina estadunidense a respeito do direito à privacidade, Paulo José da Costa Jr. foi o responsável por popularizar no Brasil a teoria das esferas, de origem alemã, que tem como maiores defensores Henkel e Hubmann.²¹

A teoria das esferas parte da ideia de que existem diferentes níveis da privacidade, dividindo-se em três camadas, ou círculos concêntricos. A primeira, mais ampla, é a esfera privada (*Privatsphäre*): “Nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público”.²² Em seu interior, está a esfera da intimidade (*Vertrauensphäre*), ou esfera confidencial (*Vertraulichkeitsphäre*), e “dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade”.²³ Mais ao centro ainda está o âmago da esfera privada, “aquela que deve ser objeto de proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo” (*Geheimnsphäre*).

Adotando-se a *teoria das esferas*, pode-se nitidamente concluir pela distinção entre *intimidade e vida privada* e, mais ainda, diferenciá-las do segredo. A proteção da vida privada – esfera de maior amplitude – consiste no direito de subtrair do conhecimento do público em geral fatos da vida particular que não revelam aspectos extremamente reservador da personalidade do indivíduo. Já a intimidade – *Intimsphäre* [*Vertrauensphäre* em Costa Jr.] ou intimidade, em sentido lato na teoria alemã, refere-se à prerrogativa de se excluírem do conhecimento de terceiros as informações mais sensíveis do indivíduo, tais como aspectos atinentes à vida sexual, religiosa e política; compartilhadas apenas com as pessoas mais íntimas e em caráter reservado. Por fim, a esfera do segredo, *Geheimnsphäre* ou intimidade em sentido estrito na teoria alemã, compreende as informações relacionadas com os sentimentos, com os sonhos e com as emoções da pessoa; não compartilhadas com ninguém ou compartilhadas apenas com amigos mais íntimos.²⁴

Porém, como indica Daniel Doneda,²⁵ a teoria das esferas perdeu credibilidade na própria doutrina alemã, sendo, inclusive, referida como a “teoria da

²¹ COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. 95p.

²² COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 36.

²³ COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 37.

²⁴ VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Fabris, 326p., 2007. p. 30.

²⁵ DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. Portal Âmbito Jurídico. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460#_ftn27> Acesso em: 21/12/2014.

pessoa como uma cebola passiva”. De acordo com o autor, a perda de centralidade da teoria decorreu de uma sentença proferida em 1983 pelo Tribunal Constitucional Alemão,²⁶ na qual sua utilização não se revelou frutífera para a decisão.

Além disso, a teoria tem recebido severas críticas quanto ao grau de subjetivismo na separação das esferas, além de não estar se revelando muito útil no momento da compreensão de fenômenos. Não obstante, a teoria tem tido certa influência na doutrina e também no judiciário brasileiro.²⁷

Eventualmente, na doutrina brasileira, são lembrados os direitos à reserva (*riservatezza*) e o direito ao segredo (*segretezza*), oriundos da doutrina italiana, principalmente para o tema das interceptações telefônicas. Avolio, citando Caprioli, explica que “se o emitente da conversação tem ciência da presença de um terceiro – diverso do destinatário –, não se verifica qualquer lesão do direito ao segredo (*segretezza*), e portanto, inexistente interceptação. Também não pratica interceptação o terceiro, ignorado pelos interlocutores, que escuta uma comunicação exteriorizada de modo a permitir que seja perceptível por qualquer circunstância, pois aqui faltaria o requisito do direito à reserva da comunicação (*riservatezza*). Para o autor, uma comunicação é reservada quando quem a realiza pretende reservar-lhe a percepção a uma gama predeterminada de sujeitos, com exclusão de todo terceiro que não seja destinatário direto ou indireto”.²⁸

²⁶ A respeito da sentença, indica Doneda: “A sentença determinou a ilicitude de diversos itens da Lei do Censo, de 1982, que atentariam diretamente contra o direito geral da personalidade – *allgemeines Persönlichkeitsrecht* –, relacionados tanto à coleta como ao tratamento de informações pessoais nos termos propostos pelo censo. Em suas considerações, a teoria das esferas não se demonstrou uma boa guia em um cenário no qual os problemas relacionados à privacidade eram também problemas relacionados à informação automatizada e às suas dinâmicas próprias – corroendo a eficácia de uma construção teórica baseada em pressuposições sobre níveis de intimidade e privacidade e categorias específicas de atos e dados capazes de irromper até tais níveis. Conforme se lê na sentença, ‘não se pode levar em consideração somente a natureza das informações; são determinantes, porém, a sua necessidade e utilização. Estas dependem em parte da finalidade para a qual a coleta de dados é destinada, e de outra parte, da possibilidade de elaboração e de conexão próprias da tecnologia da informação. Nesta situação, um dado que, em si, não aparenta possuir nenhuma importância, pode adquirir um novo valor; portanto, nas atuais condições do processamento automático de dados, não existe mais um dado ‘sem importância’” FROSINI, Vittorio. *Contributi ad un diritto dell’informazione*. Napoli: Liguori, 1991. p. 128-129.

Citando a doutrina que cunha o termo da “teoria da pessoa como cebola passiva”, Doneda indica: BURKERT, Herbert. *Privacy-data protection: a german/european perspective. Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*. Christoph Engel; Kenneth Keller (ed.). Baden-Baden: Nomos, 2000. p. 46.

²⁷ DIAS NETA, Vallêda Bivar Soares. *Vida privada e intimidade: estrutura, conceito, função e limites na busca da tutela integral da pessoa humana*, p. 8.136-8.156. VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*.

²⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, p. 100.

No entanto, a respeito dessa diferenciação, mais preciso é o entendimento de Costa Jr.²⁹ e de Pellegrini Grinover³⁰ de que se tratam de direitos que representam a mesma dimensão e o mesmo bem tutelado. Sua diferenciação se revela confusa e pouco construtiva. Além disso, a construção doutrinária italiana, apesar dessa categorização apontada por Avolio, tem a tendência de compreender a privacidade e a intimidade como elementos de um mesmo direito, sem apresentar uma distinção materialmente significativa. Isso porque o direito à privacidade na Itália, reconhecido mais genericamente como *diritto all' riservatezza*, tem origem também da construção do *right to privacy* do *common law*. Desse modo, estão próximos da ideia geral que se apresenta sobre o tema, reconhecendo que se trata de uma proteção e um direito de controle sobre as informações pessoais e que já está ampliado em relação à noção de um mero direito de estar só.³¹

VIDA PRIVADA E INTIMIDADE, A DICOTOMIA PROPOSTA PELA CF/88

Embora as correntes doutrinárias identificadas acima não façam uma distinção clara e objetiva entre vida privada e intimidade, o constituinte de 1988 optou por prever expressamente essa dicotomia, inexistente nas Constituições brasileiras anteriores. Na sequência, buscar-se-á compreender a razão dessa dicotomia, sem deixar de considerar que, ainda que passível de distinção e sentido, os princípios da vida privada e da intimidade apresentam uma área cinzenta em razão de sua evidente proximidade.

É impossível negar o contexto político e social de democratização da constituinte, fortemente influenciada pelo rechaço às práticas autoritárias do regime militar. A ditadura no Brasil foi marcada por intensas violações ao direito à privacidade. Não havia controle dos agentes estatais sobre a possibilidade de invasão a domicílio, sobre grampeamento e sobre as mais diversas formas de investigação.

No entanto, o período militar não foi somente marcado por seu vigilantismo, mas também pela perseguição a seus opositores. Essa perseguição se dava em um nível mais profundo, no âmbito ideológico dos indivíduos. Parte do trabalho do regime militar era extirpar a ideologia “comunista” ou “subversiva”, e isso incluía não somente as intensas torturas com agentes opositores, mas censura, interrogatórios cruéis e controle de familiares e amigos dos perseguidos,

²⁹ COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 32-33.

³⁰ GRINOVER, Ada P. *Liberdades públicas e processo penal: interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 241.

³¹ GAITO, Alfredo et al. *Diritto alla riservatezza e intercettazioni: un bilanciamento è possibile?* Facoltà di Giurisprudenza, Sapienza Università di Roma. [s.l.:s.n.], 2012/2013. Disponível em: <http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/Diritto_alla_riservatezza_indagine_processo_Relazione_finale.pdf>. Acesso em: 22/10/2016.

envolvendo toda a esfera íntima das pessoas, chegando ao nível da própria memória. Mais do que violação à privacidade, havia intensas violações à intimidade dos indivíduos, nas suas formas de ser e de pensar o mundo. A respeito de como a ditadura influenciou na vida familiar no Brasil.³²

A dicotomia vida privada/intimidade já tem sido sustentada por parte da doutrina brasileira e por uma questão teórica convém mencionar algumas conclusões a respeito dessa diferença. No entanto, a primeira dificuldade que se encontra na distinção é que, de fato, a fronteira entre ambos direitos é cinzenta. Ora fazem parte de uma mesma dimensão semântica, um servindo para explicar o outro (como nos dicionários Aurélio e Michaelis), e ora são o mero aprofundamento material um do outro. Contudo, como aponta Tatiana Vieira, a distinção se mostra relevante “sob o aspecto de delimitação da gravidade dos danos relacionados ao acesso ou à divulgação indevidos de informação pessoal”.³³

Além disso, é possível afirmar que a distinção favorece uma visão menos patrimonialista e patriarcalista dos direitos à privacidade e à intimidade, garantindo ainda mais atenção a dimensões mais específicas e delicadas desses direitos, indo mais longe da proteção dos direitos civis e na liberdade de consciência. Desse modo, ainda que na superfície pareçam ter o mesmo contorno normativo, é possível e importante concebê-los de maneiras distintas.

Para compreender melhor essa distinção, é pertinente o suporte literário de George Orwell. Na distopia criada pelo autor, *1984*, simplesmente não há privacidade. Os momentos em que o protagonista Winston não está sob vigilância do grande irmão são sempre momentos de fuga ou aproveitamentos de falhas dos sistemas de vigilância. Nesse sentido, a privacidade é relativamente fácil de ser mitigada pelo poder estatal. Basta que haja a vigilância absoluta em todos os espaços, com a impossibilidade de uma pessoa sequer permanecer sozinha ou não vigiada por um instante. Embora a mitigação completa da privacidade ataque necessariamente a intimidade dos sujeitos, principalmente por impossibilitar seu livre desenvolvimento, ainda é possível falar em resquícios da intimidade.

A sobrevivência dessa intimidade é justamente a grande luta de Winston.

Winston pensou na teletela, com seu ouvido que nunca dorme. Podiam espionar sua vida dia e noite, mas se você não perdesse a cabeça conseguiria ser mais esperto que eles. Com toda a sua inteligência, eles jamais haviam dominado o segredo de descobrir o que outro ser humano está pensando.³⁴

³² GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria et al. *Construção da memória histórica da ditadura militar brasileira*: contribuição das narrativas de familiares de presos políticos. *Psicologia e Saber Social*, v. 1(1), 2012. p. 103-119.

³³ VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade de informação*: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação, p. 32.

³⁴ ORWELL, George. *1984*. Tradução de Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 199.

Eles não tinham como alterar seus sentimentos: aliás, nem mesmo você conseguiria alterá-los, mesmo que quisesse. Podiam arrancar de você até o último detalhe de tudo que você já tivesse feito, dito ou pensado; mas aquilo que estava no fundo de seu coração, misterioso até pra você, isso permanecia inexpugnável.³⁵

Ao longo das torturas, Winston continuou a resistir:

No passado, ocultara uma mente herege sob a aparência da conformidade. Agora descera mais um degrau: capitulara na mente, porém o fizera na esperança de manter o fundo de seu coração inviolado.³⁶

Quanto maior era a persistência de Winston, mais se intensificavam as torturas. Não bastava a absoluta vigilância que o Estado depositava sobre os indivíduos, era preciso mudar-lhes a mente, humilhá-los, dessubjetivá-los. Somente assim era possível uma devoção perfeita ao grande irmão. Nesse modelo político, o próprio amor que Winston tinha por Julia era transgressor, e o Estado precisava acabar com esse amor e destruir os mais remotos locais do coração. Ambos tentaram resistir até o limite. Porém, o trágico da distopia de Orwell está justamente no fato de que, sim, é possível transformar o mais íntimo dos sentimentos.

Eles não podem entrar em você’, dissera Julia. Mas podiam entrar, sim. ‘O que lhe acontecer aqui é para sempre’, dissera O’Brien. Era verdade. Havia coisas – atos cometidos pela própria pessoa – das quais não era possível recuperar-se. Algo era destruído dentro do peito; queimado, cauterizado.³⁷

As sessões de tortura em Winston e Julia foram eficientes e ambos retornaram à normalidade da devoção ao partido do grande irmão. Após as torturas, todas as vezes que Winston tinha algum pensamento subversivo ou a respeito de seu passado, ele ficava enjoado, mal conseguia pensar.³⁸

A violação da intimidade, portanto, relaciona-se não somente à privação de um espaço livre da interferência de terceiros ou ao sigilo sobre aparelhos pessoais.

³⁵ ORWELL, George. 1984, p. 200.

³⁶ ORWELL, George. 1984, p. 326-327.

³⁷ ORWELL, George. 1984, p. 339.

³⁸ Esse cenário está presente também na narrativa Laranja mecânica (KUBRICK, Stanley. *Laranja mecânica* [a clockwork orange]. Warner Bros. 1971. 136 min.). Nesta, Alex é um criminoso sexual que é submetido a um tratamento de choque. Sessões de tortura o submetem a um tratamento à base de medicações que dão mal-estar e exposição forçada a cenas sexuais. Alex se transforma e, toda vez que se depara com mulheres nuas ou com situações sexuais e de violência, associa-as automaticamente ao mal-estar, de maneira que, em tais casos, é sempre acometido por um enjoo.

Ela está relacionada, principalmente, ao próprio pensamento, à crítica, à noção do sujeito sobre si mesmo e sobre o mundo, a suas emoções, a seus sentimentos, a sua personalidade, a sua humanidade, a seus relacionamentos pessoais e íntimos, enfim, a sua dignidade.

Pensada nesses termos, a intimidade ganha uma abrangência semântica que supera em muito o tradicional direito de estar só ou o tradicional direito à propriedade. O resultado da violação à intimidade, da exposição, é o sentimento de vergonha, de impotência, de medo. A própria possibilidade de que seus pensamentos, seus gostos e interesses, sua sexualidade, venham a público sem seu consentimento afeta, sem dúvida, o livre desenvolvimento da personalidade e as suas formas de ser na sociedade.

Em síntese, se de um lado a privacidade encontra-se historicamente ligada à proteção da propriedade e do direito de não ser importunado por meio de seus bens, a intimidade está relacionada à proteção do livre desenvolvimento e resguardo da personalidade.

A distinção proposta não supera a sintonia entre os dois princípios, contudo, acredita-se que a distinção conceitual entre vida privada e intimidade está mais coerente com seu significado constitucional, além de ter mais potencial político e crítico no sentido da livre consciência e dos direitos civis, superando parte de sua origem patrimonialista.

AS DIMENSÕES DA PRIVACIDADE/INTIMIDADE

A privacidade e a intimidade podem ser compreendidas em diferentes dimensões. A categorização proposta tem a intenção de contribuir para uma compreensão mais aprofundada dos princípios estudados, buscando fazer emergir a importância de determinados elementos da privacidade e da intimidade.³⁹ As dimensões são: o corpo, a mente, o domicílio, o comportamento íntimo, as comunicações, a vida familiar e os dados pessoais.

³⁹ Bart Willem Schermer, autor do livro *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*, destaca as sete dimensões: o corpo, a mente, o domicílio, o comportamento íntimo, a correspondência, a vida familiar e os dados pessoais. SCHERMER, B. W. *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*. Leiden University Press is an imprint of Amsterdam University Press. Leiden University Press, 2007. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/11951/Thesis.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24/12/2014. No entanto, a categorização de Schermer será aqui utilizada como recurso orientador, não sendo mera filiação doutrinária, de modo a haver uma melhor adequação à tradição jurídica constitucional brasileira, até mesmo porque o autor apenas expõe as dimensões, sem debruçar-se sobre cada um com profundidade.

O corpo

A primeira dimensão da privacidade/intimidade, sem dúvida a mais importante, é o corpo.

Na modernidade, os corpos ganharam novo significado, uma condição de disponibilidade e “descartabilidade” nunca antes vista. Hannah Arendt descreve bem essa condição a partir dos campos de concentração e de extermínio no regime nazista. Alguns morriam como resultado de sistemática tortura ou inanição, ou simplesmente porque o campo estava cheio de material humano supérfluo que precisava ser liquidado.⁴⁰

O genocídio indígena também demonstra a facilidade com que o corpo pode ser submetido ao poder do outro sem a mínima dignidade.⁴¹ Essa fungibilidade da vida humana, vista no extermínio da população e cultura indígenas, somente é possível com o olhar maquinal e expansionista da modernidade.

No mesmo sentido, a escravidão negra é onde mais evidentemente se demonstra a absoluta degradação dos corpos humanos. A objetificação do escravo negro o transformava em *res*, em bem tutelado juridicamente, não por sua vida, mas por ser propriedade de alguém.⁴² O corpo do negro estava disposto ao poder do senhor em todos os sentidos possíveis: para o trabalho, sustento, proteção, exploração sexual, sadismo, enfim, poder.

Um dos maiores paradoxos da modernidade se dá justamente no tratamento dado ao corpo humano. Ao mesmo tempo em que o corpo se revela extremamente disponível à objetificação e ao arbítrio alheio e estatal, há o próprio reconhecimento da proteção do corpo enquanto garantia para os demais direitos. O que pode ser observado não só, por exemplo, na vedação das penas corpóreas, mas na própria proteção jurídica à liberdade e ao direito de ir e vir pela proteção ao corpo, como no *habeas corpus*.

Válida a citação de Le Breton, a respeito da importância do corpo:

O corpo humano é, nas tradições populares, o vetor de uma inclusão, não o motivo de uma exclusão (no sentido de que o corpo vai definir o indivíduo e o separar dos outros, mas também do mundo); ele é o vinculador do homem a todas as energias visíveis e invisíveis que percorrem o mundo. O corpo não é um universo independente, fechado em si mesmo, à imagem do modelo anatômico, dos códigos de saber-viver ou do modelo mecanicista. O homem, bem em carne (no sentido simbóli-

⁴⁰ ARENDT, Hannah. *The portable Hannah Arendt*. Penguin Classics, 2000. p. 124.

⁴¹ FERNANDES, José Ricardo Oriá. *Ensino de história e diversidade cultural: desafios e possibilidades*. Cad. CEDES, v. 25, n. 67. Campinas: set./dez. 2005.

⁴² FERNANDES, José Ricardo Oriá. *Ensino de história e diversidade cultural: desafios e possibilidades*.

co), é um campo de força em poder de ação sobre o mundo, e sempre a ponto de ser influenciado por ele.⁴³

A respeito, explica Lévinas:

O corpo é um sensor sentido – eis aí, segundo Merleau-Ponty, sua grande maravilha. Como sentido, está ainda, contudo, do lado de cá, do lado do sujeito; mas como sensor, já está do lado de lá, do lado dos objetos; pensamento que não é mais paralítico, é movimento que não é mais cego, mas criador de objetos culturais. Ele une a subjetividade do perceber (intencionalidade visando ao objeto) e a objetividade do exprimir (operação no mundo percebido que cria seres culturais – linguagem, poema, quadro, sinfonia, dança – clareando os horizontes).⁴⁴

O corpo é, portanto, o meio pelo qual se exerce o direito de ser e de estar no mundo. Mais do que isso, são as forças possíveis e reais sobre o corpo que mensuram o nível democrático de um Estado ou, em outras palavras, a possibilidade ou não de um Estado poder dispor do corpo de seus cidadãos.

Nesse sentido, o direito à intimidade garante a não violação do corpo em revistas vexatórias, agressivas ou em interrogatórios hostis que forcem o desgaste físico, sendo capazes, inclusive, de alterar a capacidade cognitiva da pessoa. A expressão da sexualidade, no direito de não ser submetido a julgamentos alheios ou ao arbítrio estatal, também se revela parte integrante da dimensão do corpo. Assim, a exigência, por exemplo, de declaração da orientação sexual em determinado formulário burocrático ou admissional é clara violação da intimidade, uma vez que obriga o indivíduo a revelar publicamente o uso que se quer fazer do próprio corpo.

As demais dimensões dos princípios da vida privada e da intimidade decorrem diretamente desta primeira dimensão. A proteção de dados sobre localização, por exemplo, é no fundo a proteção do próprio corpo, decorrente da garantia de não ser vigiado ou ter seus passos controlados, ainda que a ciência dos dados se dê sobre um aparelho celular ou um GPS.

Importante mencionar que o material genético, o sangue ou qualquer outro elemento corporal capaz de passar informações sobre a constituição física de um indivíduo são inegavelmente objetos de proteção da intimidade. Trata-se de corporeidade no sentido talvez mais profundo que exista, e ainda sequer é possível mensurar o que pode ser feito com a posse dessas informações.

⁴³ LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*, p. 50.

⁴⁴ LÉVINAS, E. *Humanismo do outro homem*. Tradução de Pergentino S. Pivatto (Coord.). 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 30.

A mente

Aqui está presente o caráter mais subjetivo e mais íntimo da nossa corporeidade. A mente, nesse sentido, é o local da consciência, da autoidentificação e da representação, da memória, das emoções e das convicções.

O que se busca proteger, portanto, é o livre e autônomo desenvolvimento pessoal, sem interferência forçada de elemento externo. A autonomia e a livre determinação são faces também da liberdade de pensamento e de expressão, presentes da Constituição Federal no art. 5º, nos incisos IV e IX, bem como no art. 216, inciso I, que prevê a proteção da memória e da expressão dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Somente a partir da proteção da mente pelo direito à intimidade, é possível que a expressão, a crítica, a manifestação cultural possam ser de fato reais.

Trata-se da autonomia de um indivíduo poder separar, livremente e sem coação, aquilo que ele quer que o influencie ou não. Trata-se do direito de a pessoa desenvolver seu senso crítico próprio, se encontrar em suas convicções e sentimentos íntimos de forma livre e sem a obrigação de abertura ao mundo, escrutínio ou julgamento de terceiros.⁴⁵

Nessa dimensão que está resguardado o direito de pensar, de querer e de desejar o que se quer, ainda que seja possível a mitigação de sua exteriorização. No direito penal, por sua vez, em relação à intimidade, podem ser apontados os princípios da lesividade, que veda a criminalização do pensamento, bem como o princípio *nemo tenetur se detegere* (não autoincriminação), cujos corolários preveem a proibição de se forçar a confissão do acusado, que o desonera de ter de se expor, de se humilhar ou de ser julgado para além de seus atos penalmente imputáveis. O princípio protege o acusado da tortura espiritual⁴⁶ que o obrigaria a confessar ou a dizer a verdade. Ninguém pode ser forçado a abrir sua consciência.

Também está incluso no princípio a proibição de a autoridade policial ou judicial submeter o acusado a interrogatório hostil, o que pode se manifestar no seu tempo de duração ou no tom das perguntas. O direito à intimidade vem a proteger, nesse sentido, também as testemunhas que, mesmo sob juramento, podem ser induzidas a responderem algo diverso de suas consciências livres, ainda que desapercivelmente.

O que se critica, portanto, é a possibilidade de o poder político dispor das mentes humanas para alterar suas convicções, emoções e personalidade. O que se evita, protegendo a intimidade, na dimensão da mente, é um sistema social e po-

⁴⁵ SCHERMER, B. W. *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*, p. 73.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 486.

lítico-jurídico que intente adentrar a mente dos indivíduos para colher ou alterar informações ou concepções pessoais, seja sobre si mesmo ou sobre quaisquer fatos.

O domicílio

O art. 5º da CF/88, no inciso XI, estipula as exceções para a entrada indesejada em domicílio – flagrante delito, desastre ou socorro – e impõe limite até mesmo à atividade judicial, proibindo-lhe a execução de ordem durante o repouso noturno. É notável a ênfase que o legislador originário destinou à proteção do domicílio. A Constituição protege os cidadãos do abuso estatal, procurando garantir o domicílio como um local de tranquilidade e paz, onde a intimidade possa ser exercida sem receio.

Como assinala Paulo Gustavo Gonet Branco, a doutrina brasileira procura trabalhar com um conceito abrangente de “casa”, sendo esta uma “projeção espacial da pessoa” que abrange não somente onde se vive, mas o local de trabalho, o estabelecimento industrial ou o clube recreativo.⁴⁷ Nesse sentido, “o domicílio delimita um espaço físico em que o indivíduo desfruta da privacidade, em suas variadas expressões. Ali, não deve sofrer intromissão por terceiros, e deverá gozar da tranquilidade da vida íntima”.⁴⁸

A respeito das relações de domicílio com a tecnologia, várias questões podem ser apontadas. A mais evidente se refere à violação do asilo sem a necessidade da presença (física) humana. O argumento de que a não entrada física não constitui invasão domiciliar é insustentável. A invasão não deve ser medida pela entrada física ou não de um corpo no recinto. A privacidade não pode ser mitigada a pretexto de não ter havido invasão física no domicílio, o que, atualmente, pode ocorrer por meio de câmeras, microfones, *drones*, sensores termográficos etc.⁴⁹

O comportamento íntimo

Como assinala Schermer, “todos nós queremos manter parte da nossa vida para nós mesmos. O direito de manter o comportamento físico (por exemplo, vida sexual) escondido do mundo alheio é um elemento desse direito, sendo o outro, nossos pensamentos e com quem os compartilhamos”.⁵⁰

⁴⁷ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Direitos fundamentais em espécie*, p. 431.

⁴⁸ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Direitos fundamentais em espécie*, p. 430.

⁴⁹ A esse respeito, é válida a menção ao caso *Kyllo v. United States*, de 2001, no qual a Suprema Corte estadunidense considerou que a visualização por dispositivo detector de infravermelho no interior de uma casa constituía busca [search], necessitando, portanto, de ordem judicial para sua utilização.

⁵⁰ SCHERMER, B. W. *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*, p. 76. Tradução livre de “We all want to keep some parts of our life to ourselves. The right to keep our physical behaviour (for instance, sex life) hidden from the outside world is one element of this right, the other being our thoughts and with whom we share them”.

A vida sexual, que não necessariamente é realizada somente dentro de casa, está sujeita à proteção constitucional da intimidade. Não é de se esperar que uma pessoa se dirija a um motel sem ter expectativa de que o sexo será mantido livre de olhos estranhos. O mesmo é válido para o comportamento em banheiros públicos, locais em que se está vulnerável e qualquer publicidade pode trazer enorme constrangimento.

Nesta dimensão, questiona-se se o acompanhamento meticuloso de uma pessoa pode ser considerado violação da intimidade. Mesmo que a maioria dos atos de uma pessoa seja realizada publicamente, a observância irrestrita de todos os movimentos por um terceiro em todos os locais pode ser interpretado como violação da intimidade.

O mero fato de se estar sob o olhar de terceiro já muda nosso comportamento, interferindo nas formas de expressão. Até mesmo em público, existe uma expectativa mínima de intimidade.

Esse direito se evidencia mais claramente no caso do *stalking*. Não teria a mulher o direito de andar livremente sem a perturbação do olhar lascivo e ameaçador alheio? Teria alguém o direito de seguir e examinar detidamente outra pessoa ao longo de determinado tempo? Não parece que teria.

No mesmo sentido, o Estado, que detidamente colhe informações sobre a rotina de uma pessoa, está de fato violando a intimidade do indivíduo. A questão que se coloca é que a somatória de condutas, ainda que públicas, tornam possível a construção de uma narrativa, ela sim íntima, de uma pessoa.

É natural alguém observar outra pessoa comprando um café pela manhã. Não é razoável alguém saber que a pessoa comprou o café pela manhã, pegou um transporte até determinada rua, saiu para almoçar ao meio dia, voltou às 14h, foi fumar às 16h, pegou um transporte às 18h até um bar, bebeu na companhia de outras pessoas, foi pra casa às 22h etc. Informações que podem ser vistas publicamente, em conjunto, podem se transformar em valiosa informação íntima.

Nesse sentido, defende-se que a autoridade policial necessita de mandado judicial para acompanhar a rotina diária de um suspeito.⁵¹ Afinal, parece razoável defender que a vigilância estatal sobre um indivíduo por vários dias seguidos seja compreendida como violação da intimidade.

De fato, não é de esperar muita rigidez com a campana policial, muitas vezes respondendo a uma mera denúncia anônima. No entanto, na medida em que a campana policial inicial confirma a suspeita, haverá fundamento para a autorização judicial. Essa linha de razoabilidade é importante para se impedir

⁵¹ A campana policial é uma técnica que consiste, principalmente, no monitoramento de determinado indivíduo ou grupo, realizado usualmente por policiais à paisana (vestidos com roupas normais, sem farda) no interior de um veículo.

arbitrariedade policial sobre a vida dos indivíduos, principalmente aqueles em vulnerabilidade social.⁵²

As comunicações

Essa dimensão abarca o direito de proteção à comunicação interpessoal, que pode ser realizada por diversos meios, como a correspondência. Protege-se aquela comunicação que se quer manter privada e reservada. Trata-se de reconhecer que as pessoas têm o direito de escolher com quem se quer dividir uma informação, sem ter receio de que essa informação será devassada por um terceiro ou pelo Estado. A garantia constitucional está na CF/88, em seu art. 5º, inciso XII.

Importante destacar a escolha gramatical do legislador originário. Em português destrinchado se diz: é inviolável o sigilo da correspondência; é inviolável o sigilo das comunicações telegráficas; é inviolável o sigilo das comunicações de dados; é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas.

Abriu-se uma exceção à inviolabilidade apenas para o último caso, cuja violação deve ser realizada na forma que lei específica estabelece (Lei n. 9.296/1996), porém apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A doutrina e a jurisprudência brasileira são claras em estabelecer que o que se protege é o sigilo das correspondências, não exatamente as correspondências em si. Ou seja, não se pode abrir uma carta fechada, quebrar seu sigilo.⁵³ Nessa lógica, as comunicações se referem ao fluxo de informações pessoais, não ao dado ou o registro fruto dessa comunicação.

Vida familiar ou vida interpessoal íntima

Essa dimensão se refere especialmente às relações interpessoais no seio da família. Contudo, é plenamente possível expandir para as relações pessoais mais próximas, com quem se tem estabelecido um certo grau de confidencialidade, ideia usualmente lembrada quando se faz referência à teoria das esferas.⁵⁴ Nessa dimensão, válido o lembrete ao artigo 226 da CF/88, de que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

⁵² A esse respeito, é válido citar o caso *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945, 565 U.S. (2012), no qual a Corte Americana entendeu que o acompanhamento policial sobre a vida de um indivíduo para além dos dias determinados pelo mandado violou a 4ª Emenda da Constituição Americana.

⁵³ Por todos, AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, p. 229.

⁵⁴ BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha; MENDOZA, Melanie Claire Fonseca. Do direito à proteção de dados: das teorias de suporte e a exigência de contextualização. Cinthia O. A. Freitas e José Renato Gaziero Cella (Coord.). *Direito, governança e novas tecnologias*. Conpedi/UnB/UCB/IDP/UDF. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 11.

O que se protege nessa dimensão é a manutenção dos segredos e confidências existentes nas relações interpessoais mais íntimas, especialmente com familiares, mas também com amigos íntimos e namorados.

Neste sentido, podemos afirmar que se protegem aqui as situações envolvendo problemas conjugais, as crenças religiosas e os problemas de saúde. Resulta interessante observar que muitas Constituições reconhecem a vida íntima familiar como direito fundamental. Isto ocorre nas Constituições da Espanha de 1976 (art. 18.1) e na de Colômbia de 1991 (art. 15, *caput*), por exemplo. Este tipo de previsão não foi acolhido pela Constituição brasileira.⁵⁵

Os dados pessoais

Sem dúvida, a questão sobre os dados pessoais amplia-se em importância em decorrência do avanço das novas tecnologias de comunicação. Mas o que são dados pessoais? A Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conceitua dados pessoais da seguinte forma:

“Dados pessoais” [é] qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“pessoa em causa”); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa (sic) ou indirectamente (sic), nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica (sic), cultural ou social.⁵⁶

João Carlos Zanon entende que a proteção dos dados pessoais é um direito autônomo em relação ao direito à privacidade, entendendo ser essa a tendência nos direitos europeus.⁵⁷ O autor indica que o direito de proteção aos dados pessoais pode ser o agrupamento de outros direitos, que são:

(a) *direitos à informação*, compreendendo: direito de informação sobre a coleta (quando, o quê, como e por quem o dado pessoal foi coletado); direito de informação acerca dos responsáveis pelo banco de dados;

⁵⁵ BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha; MENDOZA, Melanie Claire Fonseca. *Do direito à proteção de dados: das teorias de suporte e a exigência de contextualização*, p. 11.

⁵⁶ PARLAMENTO EUROPEU. Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 24 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01995L0046-20031120&from=EN>>. Acesso em: 01/02/2015.

⁵⁷ ZANON, João Carlos. *Direito à proteção dos dados pessoais*. São Paulo: RT, 2013. p. 146-151.

direito de acesso ao banco de dados; direito de ciência da finalidade do tratamento dos dados pessoais; direito de informação sobre a divulgação dos dados pessoais a terceiros; direito de informação; direito de informação que acerca dos direitos que assistem o titular dos dados; e direito de informação sobre a existência do bando de dados; (b) *direito de controle*, abrangendo: direito de retificação; direito de anotação; direito de apagamento ou ao esquecimento; direito de bloqueio; e de direito de saída; (c) *direitos à abstenção*, compostos por: direito de oposição ao tratamento dos dados pessoais; direito de impedir o tratamento de dados sensíveis; direito de impedir e revistar decisões individuais automatizadas; direito ao tratamento confidencial dos dados pessoais; e (d) *direito de indenização*: direito de ser indenizado por danos materiais e morais originados em razão da coleta, do tratamento ou de divulgação dos dados pessoais a terceiros, independentemente de culpa, em regime de responsabilidade civil aplicável para atividade potencialmente perigosa conforme previsto no Código Civil, art. 927, parágrafo único.⁵⁸

Em síntese, seriam dados pessoais todas as informações codificadas de determinada pessoa. O tratamento desses dados gera uma informação pessoal.⁵⁹ Nesse sentido, são dados pessoais: endereço, CEP, número de telefone e celular, profissão, data de nascimento, números indicadores da documentação em geral (certidão de nascimento, certidão de casamento, CPF, RG, título de eleitor, certificado de reservista, passaporte, carteira de trabalho, Pis/Pasep/NIT etc.), nome de familiares, cidade natal, número do cartão de crédito, dados bancários, agenda telefônica, contatos de e-mails, registro da quantia salarial, registro de mensagens de texto privadas, e-mails, fotografias e vídeos, endereço de *Internet Protocol* (IP) etc.

Embora não exista uma cláusula de reserva de jurisdição específica na Constituição para o acesso a dados pessoais, é indefensável a tese de que o acesso por terceiro ou pelo Estado esteja absolutamente liberado. Na procura da cláusula, busca-se também o esvaziamento do próprio princípio da intimidade e da privacidade, que não deixa de proteger os dados pessoais. Não se pode confundir regras com princípios, tampouco buscar na Constituição lacunas para dar-lhe o tom permissivo de condutas invasivas, ignorando o sentido principiológico de seus dispositivos. Aliás, se a proteção aos dados pessoais não está no inciso XII, certamente está no inciso X do art. 5º.

Obviamente que os dados pessoais guardam diferentes graus de vinculação com a privacidade e a intimidade. Alguns deles, inclusive, devem estar disponíveis e ao dispor do poder público. Contudo, daí se dizer que não há proteção

⁵⁸ ZANON, João Carlos. *Direito à proteção dos dados pessoais*, p. 169.

⁵⁹ ZANON, João Carlos. *Direito à proteção dos dados pessoais*, p. 164.

constitucional aos dados pessoais parece nada mais que uma interpretação pobre e alienada dos alicerces de um Estado Democrático de Direito. É triste observar que parte da proteção efetiva aos dados pessoais é garantida não pelo Judiciário, mas pelas próprias empresas privadas, como *WhatsApp* e *Facebook*, que detêm enorme quantidade de dados pessoais.

Praticamente todos nossos dados estão, de alguma forma, registrados. Quanta informação sobre nós mesmos pode ser acessada nos nossos celulares? A que dados pessoais o *Google* e o *Facebook* têm acesso? E os bancos? Nossas conversas no *WhatsApp* podem ser utilizadas para traçar um perfil detalhado sobre nossas vidas e relacionamentos pessoais? O que o conteúdo do computador pessoal, com sua imensa capacidade de armazenamento, pode mostrar sobre nossa intimidade? São legais o tratamento de dados mediante CDs que contêm informações – como endereço, CPF, RG, telefone – de milhares de pessoas e que são vendidos nas ruas?

Não há dúvida de que o acesso a dados pessoais é capaz de gerar uma narrativa extensa e perigosa acerca de um indivíduo. Não é à toa que há espécies de extorsões baseadas exclusivamente na posse de material íntimo, como no famoso caso da atriz Carolina Dieckmann.

No entanto, embora o Estado tenha reconhecido a importância da proteção aos dados pessoais em relação a particulares, não há o mesmo movimento em relação ao acesso pelo próprio Estado. A carência de proteção a esses dados significa latente risco à efetivação dos direitos à intimidade e à privacidade. É preciso haver menos flexibilidade no poder discricionário do Estado em acessar e manipular esses dados que representam o conjunto informacional da vida individual, principalmente na era tecnológica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da metodologia empregada, foi possível observar que a doutrina jurídica brasileira sobre a questão da privacidade tem como principais expoentes os autores Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Paulo José da Costa Jr. No entanto, foi observado que a doutrina tende a interpretar os princípios constitucionais da vida privada e da intimidade como pertencentes ao mesmo núcleo semântico, não se atentando para a dicotomia proposta na CF/88, que apresenta os conceitos de vida privada e intimidade.

Diante disso, a pesquisa procurou diferenciar tais princípios e compreender os motivos da divisão, ainda que reconhecendo uma área cinzenta de sentido entre os princípios. Enquanto a privacidade está historicamente ligada à defesa da propriedade, a intimidade está ligada ao livre desenvolvimento e proteção da personalidade. Por fim, no intuito de apresentar uma sistemática de compreensão da vida privada e intimidade, discorreu-se sobre as dimensões dos princípios,

que são *o corpo, a mente, o domicílio, o comportamento íntimo, as comunicações, a vida familiar e os dados pessoais*.

Em síntese, o avanço das tecnologias exige nova compreensão sobre a privacidade e a intimidade, que agora se inserem em um contexto em que a própria garantia constitucional pode se apresentar deficitária, especialmente se vinculada apenas à defesa das comunicações e não dos dados em si, como usualmente se defende na doutrina majoritária. Isso porque, cada vez mais, as comunicações entre as pessoas precedem de seu imediato registro, sendo transformadas em dados, cuja proteção é mais facilmente violada.

Além disso, as pessoas guardam nas mídias sociais e em aparelhos pessoais, amplo registro de atividades e material íntimos, o que desloca a compreensão e o sentido da intimidade e da privacidade para elementos novos, não necessariamente protegidos pelo ordenamento jurídico. Assim, cada vez mais, o domicílio parece estar perdendo a posição de elemento central, vindo a ganhar espaço outros elementos de natureza mais difusa, que não devem ser olvidados quando se analisam os princípios constitucionais da vida privada e da intimidade.

REFERÊNCIAS

ALLEN, Anita L. The natural law origins of the American right to privacy: natural law, slavery and the right to privacy tort. *Natural Law. Symposium Fordham Law School*, 2012. Disponível em: <[https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187\(2012\).pdf](https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187(2012).pdf)>. Acesso em: 01/09/2016.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 407p., 2010.

ARENDT, Hannah. *Reflections on littler rock* [s.l.:s.n]. p. 45-56. (ca. 1960). Disponível em: <http://learningspaces.org/forgotten/little_rock1.pdf>. Acesso em: 01/10/2015.

ARENDT, Hannah. *The portable Hannah Arendt*. Penguin Classics, 575p. 2000.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5. ed. São Paulo: RT, 255p., 2012.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha; MENDOZA, Melanie Claire Fonseca. Do direito à proteção de dados: das teorias de suporte e a exigência de contextualização. Cinthia O. A. Freitas e José Renato Gaziero Cella (Coord.). *Direito, governança e novas tecnologias*. Conpedi/UnB/UCB/IDP/UDF. Florianópolis: Conpedi, 2016.

BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 20/12/2014.

COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 95p., 1995.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 413p., 2009.

DIAS NETA, Vallêda Bivar Soares. *Vida privada e intimidade: estrutura, conceito, função e limites na busca da tutela integral da pessoa humana*. Fortaleza: Conpedi, p. 8.136-8.156, 2010.

DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro: da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. *Portal Âmbito Jurídico*. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460#_ftn27> Acesso em: 21/12/2014.

FERNANDES, José Ricardo Oriá. *Ensino de história e diversidade cultural: desafios e possibilidades*. Cad. Cedes, v. 25, n. 67. Campinas: set./dez. 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. *Revista da FD-USP*, v. 88, p. 439-459, 1993.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. Michel Senellart (Org.). São Paulo: Martins Fontes, 747p., 2008.

_____. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução de Raquel Ramalheite. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 291p., 2011.

GAITO, Alfredo *et al.* *Diritto alla riservatezza e intercettazioni: un bilanciamento è possibile?* *Facultà di Giurisprudenza, Sapienza Università di Roma*. [s.l.:s.n]. 2012/2013. Disponível em: <http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/Diritto_alla_riservatezza_indagine_processo_Relazione_finale.pdf>. Acesso em: 22/10/2016.

GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria *et al.* Construção da memória histórica da ditadura militar brasileira: contribuição das narrativas de familiares de presos políticos. *Psicologia e Saber Social*, v. 1(1), p. 103-119, 2012.

GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria *et al.* Mulheres brasileiras e militância política durante a ditadura militar: a complexa dinâmica dos processos identitários. *Interam. J. Psychol*, v. 41 n. 3. Porto Alegre, dez. 2007.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva. 312 p., 2010.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Direitos fundamentais em espécie. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 393-464, 2009.

GRINOVER, Ada P. *Liberdades públicas e processo penal: interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976.

KUBRICK, Stanley. *Laranja mecânica [a clockwork orange]*. Warner Bros, 136 min., 1971.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *Estudos Avançados*. São Paulo: USP, v. 2, n. 30, p. 55-65, 1997.

LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*. Tradução de Fábio dos Santos Creder Lopes. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 407p., 2013.

LÉVINAS, E. *Humanismo do outro homem*. Tradução de Pergentino S. Pivatto (Coord.). 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

ORWELL, George. 1984. Tradução de Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PARLAMENTO EUROPEU. *Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 24 de outubro de 1995. 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01995L0046-20031120&from=EN>>. Acesso em: 01/02/2015.

SCHERMER, B. W. Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance. *Leiden University Press is an imprint of Amsterdam University Press*. Leiden University Press, 2007. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/11951/Thesis.pdf?sequence=1>>.

Acesso em: 24/12/2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1989.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Fabris, 326p., 2007.

ZANON, João Carlos. *Direito à proteção dos dados pessoais*. São Paulo: RT, 2013.

Data de recebimento: 13/06/17

Data de aprovação: 24/10/17