

A INTIMIDADE E O DIREITO PENAL

IVETTE SENISE FERREIRA

Professora Titular de Direito Penal da USP

1. Introdução — 2. A noção de vida privada — 3. A tutela jurídica da vida privada — 4. A tutela penal da vida privada — 5. Conclusões: Algumas considerações de política criminal.

1. Introdução

O direito à desfrutar de uma esfera reservada da vida privada, inserido modernamente em todas as manifestações relativas a direitos e garantias individuais, constitui um dos aspectos mais interessantes da tutela das liberdades, que a multiplicação das pressões sociais fez crescer em importância, muito bem sintetizada nas considerações que faz George Burdeau a respeito do tema em sua obra *Les libertés publiques*.¹ São suas palavras: "Sans doute, si mon foyer est violé, si ma correspondance est ouverte, je n'en serais pas, pourtant, moins libre physiquement; mais c'est la qualité de cette liberté qui sera atteinte, je n'en aurai plus d'abri pour en jouir à ma convenance, plus de sécurité dans l'échange des idées ou des opinions avec mes correspondants lointains. Si mon intimité est menacée, ma liberté n'est plus qu'une liberté surveillée".

Embora essa liberdade, que permite ao indivíduo a segurança e a tranquilidade de viver a sua vida com um mínimo de ingerência alheia, de permanecer resguardado da curiosidade dos

olhares e dos ouvidos, encontre a sua referência física e a sua localização adequada no ambiente domiciliar e nos recantos privados, esses limites da antiga doutrina foram ultrapassados, como assinala René Ariel Dotti, reconhecendo-se possa ela ser fruída em qualquer ambiente ou situação. Em seu artigo "A liberdade e o direito à intimidade", o autor a define de forma sensível e poética, dizendo: "A intimidade é um sentimento, um estado de alma, que existe nos ambientes interiores, mas se protege também no exterior para ser possível a liberdade de amar, pensar, sorrir, chorar, rezar, enfim a liberdade de viver a própria vida e morrer a própria morte. É assim uma das liberdades fundamentais do corpo, da mente e do espírito".²

Em consequência, essa liberdade não implica necessariamente num isolamento, mas numa conduta de resguardo das interferências alheias, de não ser o indivíduo importunado pela curiosidade ou pela indiscrição, de poder desfrutar a sua paz de espírito e ver respeitados os atributos de sua personalidade, frente aos outros indivíduos ou ao Estado.

1. Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, 4.ª ed., Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1972, p. 176.

2. René Ariel Dotti, "A liberdade e o direito à intimidade", in *Revista de Informação Legislativa*, abr./junho 1980, Brasília, p. 130.

Numa evolução paulatina, esse direito tem assumido novas formas e mais recentemente, como observa Colliard em sua obra *Libertés publiques*, apareceu como uma espécie de consagração da democracia liberal, configurando um direito do indivíduo em face do Estado ou da Administração Pública: o direito à informação — não mais um direito de defesa mas sim um direito a uma prestação positiva do Estado, de quem o indivíduo pode obter informação e explicações sobre dados pessoais constantes de registros públicos, podendo até mesmo retificá-los. Esse direito no Brasil foi consubstanciado no instituto do *habeas data*, previsto no n. LXXII do art. 5.º da CF/88.

A Constituição brasileira, a exemplo de outras Constituições modernas, também assegurou no mesmo art. 5.º, no n. X, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como o direito delas à indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de sua violação.

Esse princípio constitucional, inserido entre os direitos e garantias fundamentais, tem sua origem próxima na Declaração dos Direitos Humanos aprovada pela Assembléia-Geral da ONU em 1948, que estabeleceu no seu art. 12: "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar, ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques".

Todavia, o direito à intimidade tem origem mais remota, apontando-se a jurisprudência inglesa do século XVIII como o seu berço, embora aparições esporádicas surjam em registros mais antigos. Fato incontestado é que assume inicialmente o caráter de proteção ao domicílio para mais tarde evoluir para outras modalidades.

Todos os autores concordam que foi nos Estados Unidos, em fins do século

passado, que se estabeleceu a prática verdadeira do "*right of privacy*" ou "*right to be let alone*" a partir da obra de Warren e Brandeis — "*The right of privacy*",³ embora o primeiro caso apresentado à Corte Americana tenha sido rejeitado por 4 votos a 3, provocando grande celeuma de opinião pública, que acabou favorecendo a mudança de orientação dos Tribunais naquele país.

Na França foi também a jurisprudência que, à falta de normas específicas, muito contribuiu para o reconhecimento do direito à vida privada, só introduzido na legislação em 1970, sob a forma restrita de "lesão à intimidade", provocando discussões doutrinárias que forneceram importantes subsídios para o estabelecimento de uma distinção entre "intimidade" e "vida privada", considerada esta última mais abrangente, como se verá a seguir.

A questão internacionalizou-se na segunda metade do século XX quando o assunto passou a ser objeto de debates em inúmeros Congressos e Eventos internacionais, dentre os quais se destacam a Conferência Nórdica sobre o direito à intimidade, promovida em 1967 em Estocolmo pela Comissão Internacional de Juristas (que concluiu ser o direito à intimidade "o direito do homem de viver de forma independente a sua vida, com um mínimo de ingerência alheia) e o Colóquio de Varenna, realizado no mesmo ano de 1967, onde foi apresentado importante trabalho por Franco Bricola, intitulado "*Prospetive e limiti della tutela penale della riservatezza*",⁴ no qual novos conceitos foram estabelecidos que dariam o rumo definitivo à questão no âmbito doutrinário.

3. Warren and Brandeis, "The right of privacy", in *Harvard Law Review*, 1890, p. 193.

4. Franco Bricola, "Prospetive e limiti della tutela penale della riservatezza", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967, p. 1.079.

Estimulado por Bricola, com quem conviveu, e pelos debates do Simpósio de Varenna, a que assistiu, em 1969 apresenta-se o prof. Paulo José da Costa Jr. ao concurso para a cátedra de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP com um trabalho, pioneiro no Brasil, sobre a *Tutela da intimidade*, que depois, em sua 2.^a edição, passou a intitular-se *O direito de estar só*. Vinte anos mais tarde o autor retomaria suas considerações sobre a intimidade na obra que escreveu em co-autoria com Luiz Vicente Cernichiaro, intitulada *Direito penal na Constituição*, partilhando então os dois insígnies juristas os conceitos sobre tal tutela, ampliada na Lei Magna mas ainda insuficiente e lacunosa na lei penal.⁵

Seguiram-se outros relevantes trabalhos sobre esse tema no direito nacional, que aprofundaram os debates, entre os quais sobressaem: *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, com o qual René Ariel Dotti conquistou o 1.^o Prêmio no Concurso Nacional de Letras Jurídicas, em 1979, promovido pela Secretaria da Justiça do Paraná,⁶ e a obra *Liberdades públicas e processo penal — as interceptações telefônicas*, com a qual Ada Pellegrini Grinover conquistou a cátedra de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP em 1980.

Nela ensina a autora que “todas as liberdades são públicas, porque a obrigação de respeitá-las é imposta pelo Estado e pressupõe a sua intervenção”, esclarecendo que o que torna pública uma liberdade (qualquer que seja seu objeto) é a intervenção do Poder, através

da consagração do direito positivo. Porisso é oportuno distinguir entre liberdades públicas e direitos do homem, conceitos estabelecidos em planos diversos e com conteúdo diferente: “porque os direitos do homem indicam conceito jusnaturalista, enquanto as liberdades públicas representam um reconhecimento dos direitos do homem, através do direito positivo”.⁷

Daí a afirmação que faz René Ariel Dotti da existência de um “direito à liberdade da vida privada”, que deve ser reconhecido pela ordem jurídica para que tenha ele o “direito de se ser e agir de acordo com a própria vontade”.⁸ Seria, na lição de Jean Rivero, o reconhecimento, em proveito de cada um, de uma zona de atividades que lhe é própria e que ele tem a prerrogativa de proibir a outras pessoas.⁹

2. A noção de vida privada

Costumam ser utilizadas na doutrina indiferentemente as expressões “vida privada” ou “esfera da vida privada” e “intimidade”, embora se possa fazer quanto a elas uma distinção fundamental. Na verdade o termo “vida privada” é mais amplo, com características propiciadas pela doutrina francesa que considera a intimidade uma esfera mais restrita do direito à vida privada, de acordo com a tutela estabelecida pela Lei de 1970, que se referia à “intimidade da vida privada”.

Deve-se aqui observar também ser de uso corrente a expressão “privacidade”. Todavia, todos os dicionários registram como sinônimo de intimidade a palavra

5. Paulo José da Costa Jr. e Luiz Vicente Cernichiaro, *Direito penal na Constituição*, S. Paulo, RT, 1990.

6. René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, S. Paulo, RT, 1980.

7. Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*, 2.^a ed., S. Paulo, RT, 1982, p. 7.

8. René Ariel Dotti, ob. cit., p. 232.

9. Jean Rivero, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 1977, p. 66.

“privaça” e não “privacidade”, a que não fazem menção. Deixamos de utilizar a primeira por considerá-la desueta e pedante, além de carecer de sonoridade; quanto à segunda, não a abominamos, por considerá-la um anglicismo, provável tradução do termo “*privacy*” da língua inglesa. Todavia, sem qualquer preconceito de raça, daremos preferência às expressões utilizadas em França, por já estarem consolidadas na língua portuguesa.

Analisando a vida privada, costumam os autores fazer uma comparação entre duas esferas como círculos concêntricos, sendo uma de raio menor que a outra, a da vida privada e a da intimidade.

Henkel distingue entre duas esferas diversas nas quais o homem desenvolve a sua personalidade: a esfera individual (*Individualsphäre*) e a esfera privada (*Privatsphäre*). Na primeira o homem procura satisfazer seus interesses como participe do consórcio humano através de um livre desenvolvimento na vida de relação: na segunda, o interesse por uma livre existência, na qual deve ser protegido contra as indiscrições. Pertencem à esfera individual, como suas mais importantes manifestações, o direito ao nome, o direito à imagem e à reputação. Na esfera privada cuida-se de interesses da individualidade que buscam seu desenvolvimento no isolamento (físico ou moral), no recato, na intimidade, e que precisam ser protegidos das intromissões que os possam perturbar.¹⁰

A esfera privada, por sua vez, pode ser subdividida em esferas progressivamente menores, na medida em que a intimidade vai se restringindo, como sugere Henkel. Assim, no âmbito maior, que é a esfera privada *stricto sensu*

(*Privatsphäre*), estão compreendidos os acontecimentos que o indivíduo não quer ver no domínio público e que são do conhecimento de um círculo determinado de pessoas. Em seu bojo, na esfera da intimidade (*Vertrauenssphäre*), situam-se as conversas e os acontecimentos íntimos, dos quais participam somente aquelas pessoas com as quais o indivíduo mantém relações mais íntimas ou de certa confiança. No seu âmago, porém, situa-se a esfera do segredo (*Geheimsphäre*), que compreende a parcela da vida particular da qual partilham poucas pessoas, só as muito próximas, excluindo-se até mesmo várias das que participam da sua intimidade, fazendo-se necessária uma proteção mais intensa.

É lógico que essas esferas são flexíveis, sendo impossível fazer-se uma rígida separação, e sua amplitude dependerá não somente da categoria social, ou *status* do indivíduo, mas também de sua profissão e do seu modo de ser.

Por isso as personalidades em evidência, no mundo artístico, científico, político ou social, costumam ter reduzido o âmbito de sua vida privada pelo interesse público em conhecer-lhes a vida íntima, a qual embora limitada não poderá deixar de merecer a proteção legal em seus aspectos essenciais. Nesse sentido inúmeras vezes os Tribunais têm se manifestado para garantir a reserva da vida particular de celebridades, a qual não pode e não deve ser sacrificada pela curiosidade malsã e pelo sensacionalismo dos meios de comunicação de massa.

Essa indeterminação torna difícil dar aos conceitos uma definição exata, preferindo-se, na orientação legislativa, deixar o conteúdo dos direitos assegurados à apreciação da jurisprudência, que casuisticamente irá determiná-lo em função da natureza do caso e da condição das pessoas. Daí poder empregar-se indistintamente as expressões, “vida

10. Henkel, “Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion”, in *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*, Band II, Tübingen, 1958, p. 81.

privada” e “intimidade da vida privada” ou “reserva da vida privada”, e mesmo “intimidade”, num sentido amplo, que deverá abranger todas as situações mencionadas.

Quanto à pretensa distinção feita por alguns autores italianos, como Traverso,¹¹ entre o direito ao respeito da vida privada (“diritto alla segretezza”) e o direito à intimidade (“diritto alla riservatezza”), que teriam conteúdo diferente, sendo o primeiro o direito de impedir que a atividade de terceiros venha a conhecer ou descobrir as particularidades da vida privada alheia, e o segundo o de impedir a divulgação de notícias particulares, legitimamente conhecidas pelo divulgador, não prevalece ela, no entendimento da melhor doutrina, de que é arauto Paulo José da Costa Jr. em seu trabalho “Tutela penal da intimidade”, inserido nos seus *Comentários ao Código Penal*.¹²

Esclarece o mestre que na expressão “direito à intimidade” são tutelados dois interesses que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada. O direito é o mesmo, variando apenas o interesse protegido pelo direito, constituindo dois aspectos da proteção legal a diferentes modalidades de agressão. Trata-se, conclui ele, de dois momentos do mesmo direito subjetivo.

Correta nos parece para designá-lo a expressão “direito à intimidade da vida privada”, sugerida por René Ariel Dotti em sua obra *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, que a julga preferível a “direito à intimidade” por ser de melhor técnica, já que esse bem jurídico não pode ser considerado isola-

damente, mas sim em referência a algo. No caso, à vida privada, que é a sua moldura.¹³

3. A tutela jurídica da vida privada

A tutela jurídica da vida privada foi inicialmente feita, nas várias legislações, naqueles aspectos que, no entender de Georges Burdeau, são os dois componentes essenciais da liberdade da intimidade: a inviolabilidade do domicílio e a inviolabilidade de correspondência, que são prolongamentos da segurança individual. Assim se manifesta ele na sua obra *Les libertés publiques*: “S’il est un droit inscrit dans la nature de l’homme c’est bien celui de faire de sa maison et de sa correspondance un lieu de delectation et de paix”.¹⁴

Na França, embora já existissem as normas relativas à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e do segredo, o seu reconhecimento expresso ingressou na ordem jurídica somente pela Lei de 17.7.70, que inseriu no Código Civil um art. 9, segundo o qual “todos têm direito ao respeito de sua vida privada”, ao mesmo tempo que no seu art. 23 modificava os arts. 368 a 372 do CP, criminalizando as ofensas à vida privada.

Essa lei, no entender de Rivero,¹⁵ reconhecendo expressamente o direito ao respeito à vida privada e adotando medidas para a sua proteção, tanto na órbita civil quanto na penal,¹⁶ foi uma

13. René Ariel Dotti, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, S. Paulo, Ed. RT, 1980, p. 70.

14. Georges Burdeau, ob. cit., p. 176.

15. Jean Rivero, ob. cit., p. 74.

16. O art. 9.º da Lei de 17.7.70 dispunha: “Chacun a droit au respect de sa vie privée”. E acrescentava: “Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l’intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s’il y a urgence, être

11. Traverso, “Riservatezza e diritto al rispetto alla vita privata”, in *Rivista di diritto ind.*, 1963, p. 2

12. Paulo José da Costa Jr., “Tutela penal da intimidade”, in *Comentários ao Código Penal*, 2/144-145, S. Paulo, Saraiva, 1988.

resposta às crescentes ameaças que se avolumaram na época contemporânea em virtude do progresso das técnicas de espionagem da intimidade, e das mil maneiras de intromissão na vida das pessoas pela escuta, gravação, transmissão de pronunciamentos ou de imagens, que incluem até mesmo os meios da informática.

Inúmeras considerações têm sido feitas sobre as relações entre o desenvolvimento tecnológico e a tutela da personalidade. Para Vassali¹⁷ essas relações envolvem um duplo processo: de um lado, a personalidade do indivíduo se enriquece com o progresso técnico sob todos os aspectos; por outro lado, a sociedade avança, em nome do progresso técnico, sobre os interesses íntimos, com riscos para a liberdade, que a própria sociedade deveria limitar.

Tornaram-se assim estreitos os limites da proteção legal até então concedida, enfraquecendo-se a idéia de que o domicílio é um refúgio inviolável, e diminuindo o respeito à pessoa humana, vítima de violações flagrantes, praticadas muitas vezes pela própria Administração Pública ou pelos órgãos de comunicação no abuso do seu direito de informação.

A matéria recebeu nos últimos tempos uma consagração a nível constitu-

cional, com a garantia formal do direito à intimidade efetuada na maioria das Constituições modernas, entre as quais a de Portugal (1976, art. 33), a da Espanha (1978, art. 181) e a do Brasil em 1988. Alguns países reuniram em legislação autônoma os dispositivos concernentes à proteção da vida privada, como a Suécia, com a Lei de 11.5.73 e a França, com a Lei de 17.7.70, à qual se juntou em 1978 uma lei que tratou especificamente da informática e das liberdades.¹⁸

No nível infraconstitucional, todavia, a situação deixa a desejar no direito brasileiro. A relevância desse direito não teve ainda no nosso sistema jurídico o tratamento devido e compatível, não se ultrapassando propostas bem intencionadas mas não consubstanciadas, como o Anteprojeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes e o de Código Penal, por Hungria, em 1963, que não resolveram o problema mas abriram perspectivas para maior desenvolvimento das soluções.

O Anteprojeto de Orlando Gomes considerava os direitos da personalidade sem destacar o direito à vida privada, reconhecido porém mais tarde pelo Mestre como um "direito ao recato", embora a intimidade, como um dos direitos da personalidade, já houvesse sido objeto de minuciosa análise por Pontes de Miranda, no seu *Tratado de Direito Privado*.¹⁹

Posteriormente, no Projeto Reale, embora não houvesse relação exaustiva dos direitos da personalidade, por opção

ordonnées en référé". O art. 23 dessa mesma lei modificou os arts. 368 a 372 do Código penal, prevendo penas de 2 meses a 1 ano de prisão e multa de 2000 a 5000 F, ou somente uma delas, para aqueles que voluntariamente ofenderem a intimidade da vida privada de outrem, escutando, gravando ou transmitindo por meio de qualquer aparelho, as palavras pronunciadas por uma pessoa sem o consentimento desta, ou ainda fixando ou transmitindo, por meio de qualquer aparelho, a imagem de uma pessoa sem o consentimento desta.

17. Giuliano Vassali, "A proteção da esfera da personalidade na era da técnica", trad. Amaro Alves de Almeida Filho, in *Justitia*, 56/45, 1967.

18. Lei 78-17, de 16.1.78, que no seu art. 1.º dispõe: "A informática deve estar a serviço de cada cidadão. O seu desenvolvimento deve operar-se no quadro da cooperação internacional. Ela não pode atentar contra a identidade humana, os direitos do homem, a vida privada e as liberdades individuais ou públicas".

19. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, p. especial, VII/124, RJ, 1956.

de seus elaboradores, pôde-se notar uma evidente preocupação em proteger a vida privada, de forma indireta, pelas referências à imagem, à honra, à boa fama e respeitabilidade do indivíduo.

No âmbito da tutela jurisdicional inúmeros problemas foram levantados no que se refere às interceptações telefônicas como meio de prova, sobretudo no período que antecedeu a preparação da atual Constituição.

O Código de Processo Civil, promulgado em 1973, admite como provas "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos" (art. 332), referência que acirrou o debate na doutrina sob o ponto de vista da licitude e da ética de tais provas. Concluiu-se deverem ser aceitos todos os meios modernos de captação, entre os quais as fitas gravadas de conversas telefônicas, desde que obtidas lícitamente, proscrevendo-se as ilícitas, para as quais se recomendava mais eficiente criminalização. Já o Anteprojeto de Código de Processo Penal, na sua versão revista de 1983, dispunha, no art. 257, serem admissíveis como prova "todos os meios legais, ainda que não especificados neste Código".

A matéria foi objeto de acurada análise por Ada Pellegrini Grinover, em sua obra *Liberdades públicas — As interceptações telefônicas*,²⁰ destacando ela a necessidade de estabelecer limites legais à inviolabilidade do sigilo das comunicações tendo em vista o interesse público, como acontece com outros princípios constitucionais, além de enfatizar a absoluta inadmissibilidade processual da prova ilícita obtida com infração das normas constitucionais. Por isso ofereceu, com apoio de outros processualistas, sugestões à Constituinte no sentido de incluir menção expressa no texto da Lei Magna, o que afinal

ocorreu, dispondo o seu art. 5.º, XII ser 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".

A referência inovadora que o preceito constitucional faz à inviolabilidade dos dados vem atender aos reclamos da proteção da intimidade contra a sua violação também pelos processos técnicos da informática, que pode propiciar a devassa da vida privada através da manipulação indiscriminada de informações pessoais, especialmente aquelas consideradas confidenciais, armazenadas nos arquivos públicos e privados, tais como os pertencentes a Bancos, Centrais de Proteção ao Crédito, Receita Federal e outros órgãos de informação. Essa questão, porém, necessita ser melhor dimensionada no direito brasileiro e seu debate apenas começou, como faz prova o excelente trabalho de Juarez Tavares intitulado "A violação do sigilo bancário em face da proteção da vida privada", publicado na recém lançada *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, que situa o problema no âmago da intimidade, na esfera da proteção dos segredos.²¹

4. A tutela penal da vida privada

A tutela penal da vida privada foi tradicionalmente elaborada no Direito brasileiro, como ocorreu em outras legislações, através das normas referentes à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e dos segredos, garantidoras de direitos fundamentais da pessoa humana, mas não encontrou ainda, ao contrário do que ocorreu em outros países,

20. Ada P. Grinover, *Liberdades públicas e processo penal — As interceptações telefônicas*, 2.ª ed., SP, RT, 1982.

21. Juarez Tavares, "A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, jan.-março, 1993, SP, RT, p. 105.

uma formulação à altura da modernidade dos nossos preceitos constitucionais e da evolução da nossa doutrina.

O Código Penal de 1940, no capítulo dos crimes contra a liberdade individual, além de prever figuras de proteção à liberdade pessoal (de ir e vir, fazer ou não fazer), incluiu os tipos penais de violação de domicílio (art. 150), violação de correspondência ou de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (art. 151), violação de correspondência comercial (art. 152), divulgação de segredo (art. 153) e violação de segredo profissional (art. 154).

Todas essas figuras têm como parâmetros de ilicitude o dissenso do ofendido e a ausência de justa causa para a conduta incriminada, pelo que ficam estabelecidas certas limitações ao direito à intimidade e à sua proteção legal, seja pela predominância do interesse público, a que o indivíduo deve sujeitar-se, seja pelo conflito com as esferas pessoais de seus concidadãos.

Entre os esforços que se materializaram na área penal para uma ampliação da tutela legal com relação aos direitos da personalidade podemos citar como iniciativa pioneira o dispositivo do art. 161 do Anteprojeto de novo Código Penal apresentado por Nelson Hungria em 1963, que dispunha sobre a captação indevida da conversação privada mediante processo técnico. O avanço era tímido, não se referindo a outras atividades, já acolhidas em Códigos europeus, que incriminavam o registro, a reprodução e a divulgação de conversas.

A repercussão dos eventos internacionais que tratavam do tema e a tese defendida por Paulo José da Costa Jr. sobre a "Tutela penal de intimidade", em que o autor fazia sugestões de *lege ferenda*, certamente contribuíram para que o Código Penal de 1969 acolhesse em sua tipologia da Parte Especial o crime de "violação da intimidade", ao qual era cominada a pena de detenção

até um ano ou multa, assim descrito no seu art. 161: "violar, mediante processo técnico, o direito à intimidade da vida privada ou o direito ao resguardo das palavras ou discursos que não foram pronunciados publicamente". "Nas mesmas penas incorre quem divulga os fatos captados".

A fórmula resultou mais ampla do que aquela apresentada por Nelson Hungria em seu Anteprojeto, mas também não vingou...

Se o Código Penal de 1969 tivesse vigorado teria sido tutelada a vida privada contra intromissões abusivas de qualquer pessoa, seja pela captação ou pelo registro de fatos ou palavras que deveriam permanecer sob reserva, seja pela sua divulgação não consentida, independentemente da ocorrência de qualquer resultado danoso. Mas a ação teria que ser praticada necessariamente por processo técnico, que constituía elemento do tipo, pelo qual são fixadas indevidamente cenas da vida de uma pessoa, mesmo que não se encontre ela em situação de particular intimidade, como observa Heleno Fragoso em suas *Lições de Direito Penal*.²²

Quanto à captação de palavras ou discursos que não foram pronunciados publicamente, levou-se em conta a reserva que devem merecer essas manifestações orais, cujo conteúdo é indiferente para a existência do crime, o qual porém não poderá existir se tiverem sido proferidos em público ou em lugar público, ao alcance, pois, de outras pessoas.

Mas o Código de 1969 foi definitivamente revogado sem que a inovação tivesse podido preencher a lacuna que ainda se faz sentir nessa matéria.

Não obstante, a incriminação voltou a ser considerada, e ampliada, pelo

22. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, II/254, 9.ª ed., RJ, Forense, 1987.

grupo de notáveis juristas que prepararam o Anteprojeto de Parte Especial do Código Penal em 1983, entre os quais figuram, René Ariel Dotti, Luiz Vicente Cernicchiaro e Miguel Reale Jr., tendo sido prevista uma seção inteira dedicada aos “crimes contra a reserva da vida privada”, como foram intitulados, onde figuram, além da violação de domicílio, a violação da intimidade, na qual se insere a da imagem da pessoa, e ainda o crime de abuso de informática.

A violação da intimidade, no seu texto definitivo revisto em 1987, recebeu a seguinte configuração: “Art. 157 (violação da intimidade): “Violar, mediante processo técnico ou qualquer outro meio, o resguardo sobre fato ou imagem, escrito ou palavra que alguém queira manter na esfera da vida privada: Pena — detenção de três meses a um ano.

(Crimes assemelhados à violação da intimidade).

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, indevidamente, propala ou divulga imagem, escrito, palavras ou fato, ainda que deles tenha participado”.

“Art. 156 (abuso de informática): “Fornecer ou utilizar indevidamente, dado da vida privada de alguém, constante de fichário automatizado”. Pena — detenção de três meses a um ano”.

Nas Disposições Gerais, o art. 157 prevê um aumento de pena até o dobro se o agente atua com fim de lucro ou com abuso de função, e o art. 158 subordina a ação penal nesses crimes à representação do ofendido.

Percebe-se o alargamento da proteção legal no exame desses dispositivos, com a adoção de uma fórmula ampla que para a violação da vida íntima de alguém considera qualquer meio idôneo, e não mais o simples processo técnico, não fazendo também a norma qualquer referência a um determinado âmbito espacial, como era feito no sistema proposto anteriormente.

A divulgação dos fatos da intimidade não é exigível para a configuração do delito de violação, podendo porém constituir seu momento ulterior, absorvido no tipo, segundo ensinamento de Mantovani na doutrina italiana;²³ mas pode a mesma ser incriminada de *per si*, quando indevida, conforme faz o parágrafo único do artigo proposto.

Nesse sentido é também a lição de Bricola, que distingue entre o direito ao respeito à vida privada, que é ofendido pela interferência do intruso, e o direito à intimidade, ofendido pela divulgação da mesma.²⁴

Paulo José da Costa Jr., nos seus *Comentários ao Código Penal*, ao fazer a análise dos dispositivos do Anteprojeto brasileiro sugere mudança de redação da forma assemelhada de delito, substituindo-se o termo “propalar”, que é sinônimo de “divulgar” pelo verbo “revelar”, mais apropriado, no seu entender, que foi também o utilizado pelo legislador italiano ao tipificar a interferência ilícita na vida privada, no art. 615-*bis*, introduzido no Código Penal daquele país em 1974, sujeitando à mesma pena (reclusão de 6 meses a 4 anos) aquele que “rivela o *diffonde*, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo”.²⁵

Já no Código penal alemão, no delito sutilmente chamado de “proibição de estar à escuta” (art. 298), a severidade do legislador foi maior, punindo não somente quem “intercepta a palavra de

23. F. Mantovani, “Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione di pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi”, in *Archivi Giuridici*, 1968, p. 67.

24. Bricola, *Il diritto alla riservatezza e la sua tutela penale*, Milano, 1970, p. 77.

25. Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, p. especial, 2/186, SP, Saraiva, 1988.

outrem, falada não publicamente, não destinada ao seu conhecimento”, mas também quem “recolhe num gravador de som a palavra de outrem, falada não publicamente” ou então “serve-se de um registro assim produzido ou o faz acessível a um terceiro”.

Indo ainda mais longe, o legislador português, além de mencionar nas tipificações dos arts. 176 a 186 quase todas as condutas possíveis e previsíveis de violação da reserva da vida privada, incluiu no art. 180 o simples fato de “observar às ocultas as pessoas que se encontrem em lugar privado”, punindo assim, com bastante acerto, todas as formas de *voyeurismo*.

Quanto ao abuso de informática, o texto definitivo do art. 156, alterou a redação anterior para uma fórmula concisa que abrange todas as condutas de divulgação ou utilização indevidas de dados pessoais informatizados, inclusive os de operações bancárias na inexistência de mandado judicial, o que é muito apropriado, nos dias que correm, tanto para a tutela da intimidade quanto para a ordem e segurança pública, objeto da Lei italiana 121, de 1.4.81, que Paulo José da Costa Jr. preconizava que servisse de modelo nessa questão.²⁶ Sugeriu ele também a previsão da forma culposa, por ser muito freqüente na prática, estimulando-se assim o dever de cuidado por parte da pessoa incumbida da custódia do banco de dados.

O Código penal português também apresenta-se mais completo nesse assunto, punindo no seu art. 181 a chamada “devassa por meio de informática”, com grande elenco de condutas delituosas que incluem desde a criação de dados automatizados de caráter pessoal, com infração da lei, a sua alteração intencional, até o desvio de finalidade das informações pessoais legalmente consentidas. E a sanção prevista pode ser

duplicada para aquele que “processar ou mandar processar dados de caráter pessoal referentes a convicções políticas, religiosas, filosóficas, bem como outras atinentes à privacidade, em infração à lei”.

Procura-se dessa forma fazer frente à crescente massificação do acesso aos meios eletrônicos que favorecem a intromissão alheia na esfera da vida privada, e que o direito penal pode ajudar a obstar.

5. Conclusões: Algumas considerações de política criminal

Conforme foi amplamente noticiado pela imprensa, um novo Anteprojeto de Código Penal está sendo elaborado por um grupo de juristas, no Ministério da Justiça, sob a direção de Evandro Lins e Silva.

Prevê-se assim uma revisão completa da Parte Especial do Código Penal, com a inclusão de diversos tipos penais (e a exclusão de outros), muitos deles nas áreas dos crimes contra a pessoa, a fim de atualizá-los face aos avanços da técnica, e aos usos e costumes sociais.

As discussões doutrinárias e os estudos de direito comparado são, pois, bastante oportunos e apropriados, tanto quanto as opiniões da sociedade civil, que a Comissão já começou a auscultar. É este o momento de se definirem as diretrizes de uma Política Criminal adequada à nossa realidade e às necessidades da tutela jurídica e dos fins do direito penal.

É de recordar-se aqui a lição de Wilfried Hassemer tecendo considerações sobre o conflito entre política e tradição, entre progresso e segurança jurídica, entre modernidade e conservadorismo, entre movimento e imobilismo na política do Direito penal, o qual deve afirmar (através da cominação da sanção) e assegurar (através da execução da pena) as normas básicas essenciais de

26. Idem, ibidem.

convivência que em cada sociedade se considere serem indispensáveis.²⁷

Para isso há de consultar-se a consciência coletiva, conforme ressalta muito bem Luiz Alberto Machado ao tratar da criação do direito e da tipificação penal em seu trabalho sobre “O princípio constitucional da isonomia jurídica e o direito criminal e processual criminal” publicado nos *Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*.²⁸

E não há dúvida que a consciência coletiva aprova a necessidade de ser assegurada pela ordem jurídica a paz e o equilíbrio do indivíduo, que pressionado pelo ritmo desenfreado da vida moderna, se vê muitas vezes impedido, pela indevida intromissão alheia, de alcançar aquela “liberdade interior” de que falava Marcuse, definida por ele como “o espaço privado no qual o homem pode tornar-se e permanecer ele próprio”.²⁹

Por outro lado, no plano internacional também se cuidou do assunto,

constituindo recomendação da ONU a prevenção da utilização abusiva da ciência e da técnica contra os direitos e as liberdades democráticas, conhecida a defasagem entre os avanços tecnológicos e a morosidade das renovações legislativas.

É fora de dúvida que a vida privada é um bem jurídico indispensável ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e que o progresso técnico pode e deve ser compatibilizado com as concepções do progresso social e humano. Nessa tarefa, como salienta Vassali, deve-se levar em conta, porém, que “nenhum impedimento jurídico ao uso deste ou daquele meio oferecido pela técnica moderna será suficiente garantia para a personalidade humana se o homem não for modificado, educado, cultivado, transformado”.³⁰

É esta a proposta de Miguel Reale Jr., quando fala em “humanizar e punir”, como fins da reforma penal que comenta em sua obra *Novos rumos do sistema criminal*,³⁰ afirmando que com a retribuição penal “visa-se outrossim a que a pena sirva para sugerir valores e comportamentos, que facilitem ao condenado enfrentar, com menos conflito, a vida em sociedade”. Cumpre-nos, pois, suscitar novas atitudes que permitam a preservação dos mais caros valores da nossa vida social e da nossa condição humana.

27. W. Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, pp. 397 e ss.

28. Luiz Alberto Machado, “O princípio constitucional da isonomia jurídica e o direito criminal e processual criminal”, in *Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*, SP, RT, 1992, p. 238.

29. H. Marcuse, *Ideologia da sociedade industrial*, trad. Giasone Rebuá, RJ, Zahar Editores, 1967, p. 30.

30. G. Vassali, ob. cit., p. 76.