

O DIREITO À INTIMIDADE

Louis H. Pollak

Seja-me permitido, inicialmente, dizer que é para mim um privilégio estarmos juntos esta noite. Nenhum advogado, que esteja consciente da grande tradição de nossa profissão, poderá escapar à sensação de humildade ao falar a uma assembléia, como esta, a fim de transmitir a grandeza do nome e a nobreza dos princípios de Louis Dembitz Brandeis.

Meio século após Brandeis ter tomado com justiça seu assento na Corte Suprema, ocorre-me quem dentre nós poderia lembrar-se, a não ser consternado e chocado pela cegueira daqueles que se desonraram e envergonharam a profissão, ao vetarem a indicação de Brandeis. Porque agora sabemos, a um quarto de século após a morte de Brandeis, que este estará para sempre colocado no pequeno número dos inquestionavelmente grandes juizes americanos, que seja da Corte Suprema, seja das Cortes menores, estruturaram e valorizaram nossa vida nacional. Certamente Brandeis se iguala a Marschall e a Kent, com Taney e Miller, com Holmes e Cardozo, Hand e Frankfurter, e, finalmente, ao único grande

Conferência pronunciada perante a Brandeis Society, Philadelphia Pennsylvania em 28 de fevereiro de 1967.

* N. do T. a expressão em inglês "The right to be let alone" (título do presente artigo) tem sido comumente usada na doutrina e jurisprudência como "direito à intimidade". Esta foi a razão de a adotarmos.

juiz que, somente ontem, na ausência do Juiz Presidente da Suprema Corte, celebrou seu octogésimo primeiro aniversário presidindo a Suprema Corte: Hugo Black.

É sobre alguns dos valores, que Brandeis sentiu serem centrais, que quero falar às senhoras e senhores esta noite.

Brandeis foi um pensador — talvez um dos homens mais intelectualizados que tenha tomado assento na Corte. Mas era também um homem de decisão. Idéias e palavras que as transmitiam eram, para Brandeis, instrumentos de decisão. Não era dado à eloquência; mas quando atingia o cerne das coisas — quando falava, por assim dizer, profética e magistralmente — não fugia à eloquência.

Permitam-me um exemplo:

“Aqueles que ganharam nossa independência acreditavam que o fim último do Estado era o de tornar livres os homens para que desenvolvessem suas faculdades; e que neste governo as forças deliberativas devem prevalecer sobre o arbitrário. Avaliaram a liberdade tanto quanto um fim como quanto um meio. Acreditaram ser a liberdade o segredo da felicidade e a coragem o segredo da liberdade”.

Tal foi Brandeis exatamente há quarenta anos, na causa **Whitney v. Califórnia**.

Escutem-no há um ano:

“Os artífices de nossa Constituição propuzeram-se assegurar condições favoráveis para a busca da felicidade. Reconheceram a importância da natureza espiritual do homem, de seus sentimentos e de seu intelecto. Sabiam que somente uma parte da dor, prazer e alegrias da vida são encontrados nas coisas materiais. Procuraram proteger os Americanos em suas crenças, pensamentos, suas emoções e sensações. Conferiram, até contra o governo, o direito da intimidade — o mais compreensível dos direitos e o mais valorizado pelos homens civilizados”.

“... até contra o governo, o direito à intimidade...”

As palavras fluem do voto dissidente de Brandeis no caso **Olmstead**. Neste, ele e Holmes lutaram em vão para provar que a escuta telefônica ou telegráfica era violação constitucional do direito assegurado pela Quarta Emenda a ser garantido às pessoas e à propriedade contra intrusão governamental injustificadamente. A força com que Brandeis se expressou no voto vencido não nos é surpreendente: pelo espaço de uma geração vinha ele meditando sobre o direito à intimidade.

Sem dúvida ele deu àquele direito o seu nome. E seria mera coincidência, pergunto-me, que o interesse de Brandeis sobre a importância de se erigirem defesas para a integridade do indivíduo data do tempo, exatamente antes da virada do século, que marcou o fechamento da fronteira americana? O grande historiador do Oeste, Frederick Jackson Turner, admoestara seus copatriotas que o fechamento da fronteira prefiguraria enormes mudanças na vida pessoal e nos hábitos da trabalho e de vida dos americanos. Mas foi Brandeis — Brandeis com seu temor do gigantismo, super-centralização, e da arrogância do poder — que soou o alarme — lembrando que danos nossa cultura, nova, centrípeta, tecnologicamente sofisticada, causaria ao indivíduo não conformado. Em um ponto em nossa história quando não havia mais Walden Ponds para que os Thoreaus entre nós — o dissidente, ou simplesmente não-adaptável — poderia reparar, Brandeis tinha razão em estar alarmado.

Hoje, quatro décadas mais tarde — menos de duas décadas para o ano de 1984, que George Orwell já nos advertiu — não temos razão para sermos menos vigilantes. E não obstante penso que, mesmo que o trabalho jurídico de poda iniciado por Brandeis e seus colegas e continuado pelos ministros da Suprema Corte que os precederam, tenham sido feito, barreiras constitucionais de altura e força imponentes

cercam agora muitas de nossas liberdades pessoais essenciais. Que se me permita delinear algumas.

Inicialmente, é procedente considerar-se o domínio do Direito Penal como sendo a fase do Direito que ao mesmo tempo é a mais proibitiva e a mais familiar, donde a maioria das pessoas extrai as principais lições sobre a natureza do Governo. Como poderia ser diferente, quando cinco milhões de americanos são aprisionados por uma outra pretensa violação da Lei, em cada ano? De qualquer modo, foi no domínio do direito criminal que Brandeis levantou sua voz em desafio à espionagem telefônica e telegráfica (wiretapping). O que inquietava Brandeis era tanto o assalto oficial à integridade do cidadão, que de nada suspeita — como se lê na citação do voto dissidente do caso **Olmstead** de modo bem claro — e sobre o fato relatado de que este assalto oficial era em si mesmo ilegal.

Que se me permita citar ainda:

“Num governo de leis, a existência do governo será posta em perigo se este descumpre a observância escrupulosa da lei. Nosso governo é o mestre potente, omnipresente. Para o bem ou para o mal, ensina a todo o povo por seu exemplo. O crime é contagioso. Se o governo torna-se um violador da lei, ele gera o desprezo pela lei; convida cada homem a se tornar a lei para si próprio; convida à anarquia”.

A Corte Suprema ainda não se deu conta do ponto de vista de Brandeis que a espionagem telefônica e telegráfica (wiretapping) é inconstitucional.

Mas, a Lei de 1934 sobre as Comunicações Federais (1934 Federal Communications act) ao tornar a espionagem telefônica e telegráfica (wiretapping) e violação de segredos um crime federal, a Corte, no mínimo, fornece uma base para se eliminar a prova amparada pela espionagem telefônica e telegráfica (wiretapping) do julgamento federal — mas, la-

mentavelmente, em minha opinião, não estabelece o mesmo para — julgamentos criminais. Entretanto, ironicamente, relativamente muito poucos daqueles que insistem em espionar telefônica e telegraficamente são processados por violação do estatuto federal. Estes poucos processados são os investigadores particulares. Investigadores públicos, sejam estaduais ou federais, parecem estar efetivamente imunes a qualquer processo. Tal, entretanto, não é uma matéria que os Juizes possam se alhear. Mas é digno de menção que no início do mês, o Presidente Johnson conclamou o Congresso a promulgar nova Legislação banindo todas as formas de espionagem eletrônica — incluindo telegráfica e telefônica, no sentido antiquado que estamos acostumados a utilizar: o de alguém interceptar o fio telefônico — e todos os engenhos mais sofisticados para detectar nossas conversações particulares. Banir engenhos, desde o microfone escondido na azeitona do seu coquetel de Martini, até o amplificador parabólico, que escuta o que voces falam numa caminhada discreta e a centenas de metros de distância. A Legislação solicitada pelo Presidente permitiria exceções unicamente em casos que envolvam Segurança Nacional, ou em outras circunstâncias excepcionalmente descritas e diretamente supervisionadas pelo Procurador Geral da República. Não é sem interesse que o Presidente, ao solicitar a nova Legislação, sugeriu o nome — e sem dúvida alguma a retórica — de Brandeis. Em outras fases, que reputo mais importantes, do nosso processo de julgamento criminal, a Suprema Corte foi mais efetiva no avanço em assegurar os valores da integridade individual porque Brandeis porfiou. Estou me referindo, é claro, às decisões que regulam nos processos, tanto Federais como Estaduais, o direito de se livrar de buscas e apreensões ilegais, o direito ao Advogado imediatamente após a prisão, e o direito de não ser interrogado sem a presença deste. O que representam estas decisões é o que foi colocado pela Comissão Presidencial de observância do Direito e Administração da Justiça na última semana como sendo “uma tendência no sentido de uma

orientação do Judiciário a considerar práticas policiais previamente consentidas como inconstitucionalmente ofensivas à dignidade e integridade dos cidadãos”

Não tomarei o tempo desta noite para comentar com minúcias os méritos destas decisões. Basta que se diga que estou influenciado favoravelmente por elas, e muito mais porque, para mim, elas ampliam “o direito à intimidade”. Ao tomar esta posição estou em desacordo com sete membros da Comissão Presidencial (certamente uma minoria, mas sete membros da Comissão depuseram um parecer separado sobre a questão — os outros membros não tendo se manifestado) que sentiram tais decisões estarem manietando a polícia e os acusadores. Falando francamente, submeto ao Vosso julgamento o fato de que não foi feito ainda um teste razoável, daquilo que seria conduzir nossos processos de investigação criminal e de julgamento de acordo com a Constituição. Pelo menos, ainda não elaboramos este teste razoável ao nível Estadual. Num sentido substancial já o possuímos em nível Federal. Os padrões que a Suprema Corte vem insistindo como sendo aplicáveis aos Governadores bem como ao Governo Federal são padrões que, de há muito e profusamente as autoridades da Polícia Federal vem operando.

Penso que todos nos concordaríamos que nosso interesse nacional primeiro, com respeito ao crime, deverá ser uma reavaliação e seriamente buscarmos as causas do crime, bem como rever e reestruturar a totalidade de nosso sistema correcional.

Incluindo-se nesta revisão, sugerida, um re-exame de inúmeras categorias de comportamento que agora rotulamos de criminosas, mas que talvez não haja nenhum sentido naquilo que assim designamos. E, para fornecer um exemplo específico, penso na questão dos narcóticos. Para tal questão, quatro membros da Comissão Presidencial (Juiz Breitel, da Corte de Apelação de Nova York, Kingman Brewster, meu chefe em Yale, senhora Julia Stuart, Presidente da Liga Fe-

minina de Eleitoras e Whitney Young, Presidente da Liga Urbana) tentaram sensibilizar a opinião nacional, instando que toda a matéria relativa aos narcóticos, que atualmente rotulamos como crime e processamos os adictos na senda de novos crimes — fosse merecedora de novos estudos. Que se me permita passar do domínio do direito criminal, aspecto do direito que envolve a maioria dos americanos em seus procedimentos formais, para a área da regulamentação governamental coercitiva que, intensa e extensivamente, controla virtualmente todo americano. Tenho no espírito uma forma de intervenção governamental na vida do cidadão americano, que é muitíssimo mais drástica do que qualquer outra, com exceção da conscrição militar masculina em tempo de guerra.

De qual processo estaria falando? Falo da Escola Pública Americana — que requer experiência participada — que é, na expressão de Felix Frankfurter “ao mesmo tempo o símbolo de nossa democracia e o meio mais penetrante de se atingir nosso destino comum”.

Pode ser dito, de início, que eu tenha confundido o fato, que a escola pública não é obrigatória para aqueles que preferam freqüentar uma escola confessional (parochial) ou particular. Isto é, com efeito, verdade, e me fornece o primeiro ponto: a razão que a opção — a opção de não se freqüentar uma escola pública para se satisfazer a exigência de escolaridade — a razão porque a opção floresce existe porque a Suprema Corte, nos dias de Brandeis, estabeleceu que opção é matéria de direito constitucionalmente garantido como meio de se proteger os sentimentos mais profundos daqueles que insistem em que educação fora do molde religioso não é a verdadeira educação. Que se me permita dizer entre parênteses, neste ponto, que não concordo com essa idéia de educação. Mas a proposição de que seja uma idéia digna de proteção constitucional parece-me perfeitamente compreensível. De qualquer modo, o corolário desta decisão, decisão profundamente enraizada na tradição da liberdade

religiosa, é, obviamente, a recente insistência da Corte (numa instância, num caso que surgiu neste Estado) em que as escolas públicas não devem ser o meio de doutrinação religiosa, seja através de orações, seja através de qualquer forma de exercício religioso.

Assim, apresento para consideração que, aquilo que estava em jogo no caso da oração e na leitura da Bíblia era exatamente a insistência de Brandeis no "direito à intimidade". Mesmo na arena pública que é uma sala de aula pública, leva-se a individualidade consigo próprio.

Não digo — e não estou autorizado a dizer — que Brandeis tenha concordado, ou discordado, com as decisões; mas penso que pode ser procedente valer-se como testemunho dos pareceres de um de nossos grandes publicistas, que foi um estudioso da obra de Brandeis bem como íntimo amigo seu, os pareceres de Paul Freund.

Eis o que o Professor Paul Freund teve a dizer acerca da questão da oração comunitária (the prayer cases):

"... Embora a cerimônia seja em forma voluntária, a atmosfera da sala escolar e a psicologia conformista dos alunos são de tal ordem que, num sentido significativo e realista, tais práticas são de fato coercivas. E são assim calculadas para esfriar o livre exercício ou não-exercício da religião por parte de grupos não conformistas..."

"... Para aqueles que insistem que a escola pública deveria incentivar uma atmosfera de reverência para com a beleza do conhecimento, de humildade solene na presença do desconhecido, e de temor reverencial face ao imperscrutável, há inúmeras respostas", Diz o Professor Freund. E ele prossegue: "Não há nada na decisão, até onde possa ver, que impeça um período de devoção e meditação silenciosas, sem o elemento divisor de uma simples prece falada. De qualquer modo, quanto mais branda e diluída for uma prece falada,

tanto menos significativa e expressiva se tornaria. Certamente é bastante superficial e enganador pensar-se que umas poucas palavras rotineiramente engroladas sejam mais importantes para se criar uma atmosfera de reverência, humildade e temor reverencial do que o caráter e a qualidade do ensino. Lembro-me de uma passagem de Willard Gibbs, o cientista de Yale, de pé, frente ao quadro-negro, no qual tinha trabalhado uma equação profunda, lágrimas escorrendo por sua face, os estudantes contemplando-o, escreve o seu biógrafo, com os olhos de alguém que tenha acabado de ter tido a visão de anjos. Lembro-me, também, de algumas linhas de Wordsworth:

Dear child, dear girl, who walkest with me here,
If thou appear unmoved by solemn thought,
Thy nature is not therefore less divine:
Thou liest in Abraham's bosom all the year
And worshipst at the temple's inner shrine
God being with thee when we know it not".

Assim, o que mencionei a respeito dos casos da oração é, penso eu, muito mais incontestavelmente verdadeiro das grandes decisões extirpando a doutrina "separado mas igual" de nossa jurisprudência constitucional. Não é por coincidência que durante a organização das escolas públicas os Magistrados pela primeira vez e de modo inequívoco mantiveram que a segregação racial é, pelo Direito, inconstitucional. Na sala de aula em que uma criança deve freqüentar é intolerável que o Estado venha afixar o distintivo de sua inferioridade, logo no limiar. Porque, como Brandeis se exprimiu: "Nosso governo é o mestre potente e onnipresente. Para o bem ou para o mal, ensina a todos por seu exemplo".

Penso, realmente, que o que a Corte Suprema vem tentando realizar no domínio do relacionamento racial pode ser melhor compreendido com referência a um caso que não lida absolutamente com ocorrências escolares. Trata-se de uma

questão que teve lugar, há mais ou menos uns doze anos, num tribunal sulista. Uma jovem negra que havia impetrado um "writ" de **habeas corpus**, encontrava-se na sala de sessões, na audiência, e era acareada pelo promotor. Este, ao lhe interrogar, fazia-o sempre chamando-a pelo seu primeiro nome, Mary. Esta declarou que não responderia até que fosse chamada por Miss Hamilton, que era o seu nome. O juiz coagiu-a a responder. Ao recusar a ordem do juiz, foi julgada revel e sentenciada a cinco dias de detenção e multa de cinquenta dólares.

Este caso foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos e esta Corte, ao examinar a sentença — esta foi sumariamente reformada. Não houve relatório — houve simplesmente a transcrição de uma ementa que dispunha sobre a inconstitucionalidade dos tribunais praticarem segregação racial.

Assim, o que dizia a Corte Suprema? Como já disse, não houve opinião escrita. O que se disse ao reformar a sentença? Penso que declarou que a testemunha, Miss Hamilton, possuía uma identidade.

Este caso me faz lembrar um episódio ocorrido há três anos, quando me encontrei com o então superintendente de escolas de New Haven, nas ruas dessa cidade. E ele estava todo entusiasmado ao me contar o que estava acontecendo em um dos primeiros Programas Pilotos dos Estados Unidos, um que seria então o protótipo de todo o vasto esforço para auxiliar a instrução dos muito jovens. Era uma classe que foi colocada junta, classe com crianças de quatro anos de idade, que estavam tendo a sua primeira experiência escolar — não num Grupo Escolar e numa sala de aula, mas no porão de uma comunidade de serviço social na Avenida Dixwell. Algo maravilhoso tinha acontecido na sala porque alguém — e ninguém sabe porque e como — pensou em pendurar um espelho na parede. Aconteceu que nenhuma das

crianças na sala jamais tinha visto um espelho antes, e passavam a maior parte do tempo, diariamente, desafiando umas às outras a chegar à frente do espelho para se mirar.

Isto foi a primeira vez que estas crianças tiveram uma oportunidade de saber que eram alguém, que ele ou ela não era somente Dick ou Jane, mas que ele ou ela possuía seu próprio nome e seu próprio rosto.

Penso que o que a Corte realizou no caso **Hamilton** foi o que vinha fazendo em todos esses casos desde a decisão de 1954 sobre a **Segregação Escolar** e que, num certo sentido vinha fazendo também em toda a gama de casos que descrevi: reconhecer com Brandeis o significado da natureza espiritual do homem, de seus sentimentos, e de seu intelecto.

A grande dificuldade, é claro, é que os tribunais — e digo isto com toda deferência, confiando em que muitos dos magistrados aqui presentes nesta noite compreenderão o que estou dizendo — que os tribunais são essencialmente instrumentos negativos; não possuem poder de angariar fundos, de traçar novos rumos legislativos, designar medidas para reformas. Podem auxiliar, de modo defensivo, a criar estruturas que protegerão a individualidade das Mary Hamilton entre nós — aquelas que possuam um sentido desenvolvido de seu próprio valor. Mas nossa tragédia nacional, nosso problema nacional central de hoje está centrado naqueles a quem não foi permitido desenvolver este sentimento de auto-estima, sobre aqueles que, por causa da pobreza, da cor, da religião, — ou por qualquer razão — não lhes foi totalmente possível desenvolverem a si próprios como individualidades e chegar à compreensão de seu valor individual.

Se é verdade, como Brandeis nos falou, que o fim último do Estado é tornar os homens livres para desenvolver suas faculdades, então, sugiro que é a tarefa de todos nós — individualmente e como membros da comunidade a qual é responsabilidade do Estado — que é nossa tarefa nosso comprometimento total.

Disse ao início de minhas observações que não estamos mais obstruídos por uma fronteira. Isto não é verdade. Temos uma fronteira. Está situada no nosso íntimo. Ter “direito a intimidade” para explorar estes limites — cultivar nosso próprio jardim — é a mais elevada forma de liberdade a que cada um de nós pode aspirar. É no exercício dessa liberdade que podemos nos aliar com os outros no casamento, numa família, e, em última instância, numa Nação. Mas para aqueles a quem o estar só é vazio, não há possibilidade de pertencerem a uma comunidade. Nossa tarefa, como comunidade, é ajudar a cada um de nós, a compreensão de si próprio, a aprender seu próprio nome. É uma tarefa, penso eu, que Brandeis teria achado tanto um desafio quanto uma inspiração.

Trad. Arthur José Almeida Diniz