VOTO CONCORDANTE DO JUIZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ COM RELAÇÃO À SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO *CASO ESCHER E OUTROS VS. BRASIL*, PROFERIDA EM 6 DE JULHO DE 2009.

1. Chegam à Corte temas novos --para esta jurisdição-- que concorrem a integrar o amplo catálogo de questões sobre as que trabalha, em benefício dos direitos e das liberdades dos habitantes da América, uma jurisprudência em constante desenvolvimento. Certamente está pendente a revisão de um bom número de assuntos que interessam ao estatuto do ser humano contemporâneo e que ainda não foram levados ao conhecimento da Corte por meio das opiniões consultivas ou casos contenciosos. No entanto, às transgressões tradicionais, que foram o ponto de início dessa jurisprudência, tem-se acrescentado, com crescente frequência, novas questões que abrem o espaço da reflexão e da tutela. Entre estas figuram alguns extremos que a Corte Interamericana examina na sentença do *Caso Escher e outros vs. Brasil*, à qual acrescento este voto.

2. Ao lado da vida, da integridade, da liberdade, entre outros bens de maior entidade, está o extenso âmbito da intimidade, região da existência que a ordem jurídica dos direitos humanos --tanto a interna, desenvolvida na preceptiva constitucional, como a internacional, depositada no Direito internacional dos direitos humanos-- protege de ingerências indevidas. Trata-se de um espaço que só governa o indivíduo, no qual este assegura --ou confia-- seu desenvolvimento, lavra seu destino, cultiva suas liberdades. Constitui uma "zona reservada", personalíssima, somente transitável para seu titular, que a preserva e governa. Esse âmbito --diz a Corte-- "caracteriza-se por estar isento e imune a invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública" (parágrafo 113 da Sentença).

3. Nessa intimidade --área e escudo de proteção-- aparecem, são analisados e resolvidos muitos temas da vida, amparados --sempre relativamente—diante das circunstâncias e protegidos de outras vontades. É, em resumo, o espaço de reserva no qual se refugiam as reflexões e decisões, os pensamentos e sentimentos, as experiências e esperanças que informarão, no seu momento, a conduta e o destino do ser humano. Aí reside o indivíduo radical, em solidão e liberdade: diante do espelho no qual contempla a si mesmo, subtraído a outras inquisições.

4. Obviamente, a invasão dessa zona reservada outorga um poder imenso a quem a prática e diminui profundamente a autonomia de quem a padece. Certamente interessa preservar e desenvolver todos os direitos do crescente estatuto do ser humano, mas nenhum deles teria suficiência e vigor se não se arraigasse na intimidade do seu titular. Daí a importância de preservar com eficazes garantias essa região profunda da personalidade, e daí também a tentação crescente, cultivada pelo autoritarismo de diversos signos --despotismo manifesto ou contido-- a transpor a fronteira da intimidade, capturar a zona reservada, submetê-la a escrutínio e dispor, a partir do conhecimento e invasão, o destino da pessoa. É a forma principal, a mais eficaz e célere, de governar o pensamento e a vontade. Contra o direito a ser "deixado em paz" --ou deixado em solidão, em livre colóquio consigo mesmo, ao abrigo de pedidos e imposições-- avança o poder de conhecer, intervir, influir, decidir, sem que a pessoa o autorize, o queira ou inclusive o saiba. Frequentemente, o invasor opera com sigilo.

5. O progresso da ciência e da técnica --ao qual se refere a sentença do *Caso Escher e outros*--, que provê instrumentos de proteção, também pode trazer consigo a vulnerabilidade do indivíduo, pois proporciona meios ou instrumentos de invasão que apenas suspeitávamos há alguns anos atrás. Se em outro tempo temeu-se a "posse" por meios fantásticos, atualmente se pratica, numa versão "moderna" distante da fantasia,

por meios cada vez mais complexos, penetrantes e invasivos. Isso vulnera o "santuário inviolável" da pessoa, dissolve a intimidade, abre aos olhos e ouvidos do mundo a zona reservada; gravita, no final de contas, sobre o curso inteiro da existência. O "homem exposto", debilitado pela visibilidade indevida, desprovido de autonomia, fica a mercê do observador. Atualiza-se, em resumo, a operação panóptica da existência: o "olho do grande irmão", o olhar inquisitivo e total, não respeita fronteiras. Os observadores olham, escutam, inquirem, invadem, e finalmente dispõem. Se fosse permitido o curso livre das ingerências associadas ao desenvolvimento da técnica, este resultaria em uma "fatalidade" derivada do progresso, não em um benefício sujeito a regulação e controle.

6. É verdade que rechaçamos o segredo no qual esconde o tirano seu arbítrio insuportável. Condenamos o arcano que tranca as senhas do autoritarismo. Reprovamos a opacidade no exercício do poder público. Exigimos --e conseguimos, passo a passo, também com o argumento que oferecem os direitos humanos-- transparência nos atos de governo e na conduta dos governantes. Em bom momento. Mas, ao lado dessa clareza legítima, espreita e avança outra forma de observação: esta não faz luz sobre a conduta do governante, mas invade a intimidade do governado, por obra daquele, que assim estende seus poderes arbitrários e anula ou dissuade, sem violência nem maior estrépito, o exercício das liberdades.

7. Existe, pois, um direito à vida privada, à intimidade, à incolumidade ou integridade de aquela zona reservada da existência individual, a mais profunda e discreta. Não se trata unicamente de amparar a boa fama, o prestígio, a honra, a admissão social do sujeito. O direito à intimidade --a privacidade, em sua melhor expressão-- existe com absoluta independência da fama ou da posição social ou pública de quem a tem e desfruta. É um bem em si mesmo, mais além da lesão que provoque o intruso, deliberadamente ou não, no gozo e exercício de outros direitos, afetados por observações ilícitas ou revelações indevidas.

8. Notoriamente, essas invasões podem gerar consequências lesivas ou entranhar graves perigos no desfrute e desempenho de outros direitos. Em sendo assim, haveria uma dupla lesão, como se observa no próprio *Caso Escher e outros*, que coloca em manifesto a violação do direito à intimidade, por um lado, e sua consequência --também violatória-- sobre o direito de associação livre e legítima. Além disso, a difusão ilícita do conteúdo das comunicações extrema a violação, estende o dano à vida privada e cancela a intimidade.

9. Tem-se dito, com razão, que os direitos individuais não são absolutos. É possível restringi-los, limitá-los, condicionar seu exercício em função de bens e exigências de alto nível: direitos de terceiros, bem comum, por exemplo. No entanto, essa fronteira dos direitos individuais só cede sob o controle justificante e regulador de certos princípios, exatamente os mesmos que a Corte Interamericana tem explorado, com particular exigência, quando se refere às restrições legítimas do direito à liberdade, por exemplo, através de medidas cautelares: legalidade, necessidade (mais ainda, inevitabilidade: o meio empregado deve ser o único praticável), idoneidade, proporcionalidade, temporalidade. Não há restrição admissível quando não ficam atendidos, na espécie, esses princípios. É preciso demonstrar que o poder público tem considerado a aplicação de cada um deles no caso concreto, e que a restrição tem superado essa prova de legitimidade.

10. Na sentença do *Caso Escher e outros*, o Tribunal interamericano revisa o tema da interceptação telefônica com motivo --real ou aparente-- de investigação penal. Obviamente, a proteção da intimidade não se limita a essa matéria. Vai muito mais além do conhecimento ilícito das conversas privadas por parte de terceiros. Mas esse conhecimento e a posterior difusão são o tema específico do *Caso Escher e outros.* A

Corte não reprova de forma absoluta a ingerência do poder público no espaço da liberdade individual, a zona íntima e reservada, regularmente subtraída a invasões ou ingerências não conhecidas, autorizadas e desejadas pelo titular. Admite a possibilidade de realizar certas intervenções, como se aceita, desde há muito, a invasão do domicílio -- precisamente o "santuário inviolável"--, a correspondência, a circulação.

11. Dito isso, a admissão da ingerência fica condicionada a enérgicos requisitos, que marcam a fronteira --em uma sociedade democrática-- entre o exercício legítimo da autoridade e o abuso intolerável do poder. Entram em jogo aqueles princípios legitimadores da conduta da autoridade, cuja inobservância contém violação de direitos e traz consigo responsabilidade de aqueles que a cometem. Obviamente, as exigências que demarcam a intervenção na intimidade do indivíduo, circunscrevem a revelação dos achados derivados dessa intervenção. No fundo, intervenção e revelação são faces de uma única moeda: invasão da vida privada, lícita ou ilícita. A finalidade da justiça que pudesse justificar a interceptação --ou a ingerência, em geral, em espaços da vida privada-- cessa quando sobrevem a difusão ilícita da informação que devia ficar só em conhecimento e sob o resguardo da autoridade.

12. É importante que estas questões fiquem no centro da cena, através da sentença de um tribunal de direitos humanos, porque em nosso tempo crescem as intervenções na intimidade, ao passo que se multiplicam as vias para praticá-las, nem sempre com adesão aos princípios que temos enunciado, conforme os estritos procedimentos e sob o controle das autoridades que deviam garantir a proteção dos direitos --singularmente, as autoridades judiciais--, tudo isso dentro do discurso que contrapõe, em uma falsa antinomia, a segurança pública e os direitos fundamentais. Essa retórica inadmissível e perigosa --que é preciso denunciar constantemente-- propõe a redução dos direitos sob pretexto da segurança, ou ameaça com a redução da segurança a causa dos direitos. Em várias ocasiões tenho impugnado --e o faço de novo-- esse falso dilema, que coloca em risco o Estado de Direito e os direitos fundamentais, com prejuízo ou perigo para todos.

13. Para favorecer seus excessos, as tiranias "clássicas" -- que me permitam qualificá-las assim-- que oprimiram muitos países de nosso hemisfério, invocaram motivos de segurança nacional, soberania, paz pública. Com esse raciocínio escreveram seu capítulo na história. Naquelas invocações havia um manifesto componente ideológico; atrás operavam interesses poderosos. Outras formas de autoritarismo, mais desta hora, invocam a segurança pública, a luta contra a delinquência, para impor restrições aos direitos e justificar o menosprezo da liberdade. Com um discurso enviesado, atribuem a insegurança às garantias constitucionais e, em suma, ao próprio Estado de Direito, à democracia e à liberdade.

14. Nesse campo convém analisar e valorizar quaisquer condutas que impliquem o detrimento do direito à intimidade, não para desamparo da sociedade --o que seria um absurdo--, mas para garantia de seus integrantes. Já assinalamos que há normas, princípios, e condições para a restrição dos direitos. Fora dessas normas, às margens desses princípios, sem atenção a essas condições, só o autoritarismo prospera. O ano "1984" orwelliano não ficou para trás, mesmo que o calendário diga outra coisa. Poderia encontrar-se adiante.

Sergio García Ramírez
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri Secretário