

LEONARDO CESAR DE AGOSTINI

**NOVAS DIMENSÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE A PARTIR DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA LEITURA SOB A PERSPECTIVA
CIVIL-CONSTITUCIONAL**

CURITIBA

2009

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL

LEONARDO CESAR DE AGOSTINI

**NOVAS DIMENSÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE A PARTIR DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA LEITURA SOB A PERSPECTIVA
CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração: Direitos Fundamentais e Democracia, na Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

CURITIBA

2009

ii

TERMO DE APROVAÇÃO

LEONARDO CESAR DE AGOSTINI

NOVAS DIMENSÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA LEITURA SOB A ÓTICA CIVIL- CONSTITUCIONAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direitos Fundamentais e Democracia, Escola de Direito e Relações Internacionais, das Faculdades Integradas do Brasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier
Faculdades Integradas do Brasil

Prof. Dr. René Ariel Dotti
Titular da Universidade Federal do Paraná

Prof. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Faculdades Integradas do Brasil

Curitiba, setembro de 2009.

A275

Agostini, Leonardo Cesar de.

Novas dimensões do direito fundamental à intimidade a partir da Constituição Federal de 1988: uma leitura sob a perspectiva civil – constitucional / Leonardo Cesar de Agostini . – Curitiba: UniBrasil, 2009. xiv, 255p.; 30 cm.

Orientador: Paulo Ricardo Schier

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2009.

Inclui bibliografia.

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos da personalidade. 3. Direito à Intimidade. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 341.272

Bibliotecária Responsável Elizabeth Capriglioni CRB-9/330

SUMÁRIO.....	V
RESUMO.....	xi
ABSTRACT.....	xii
INTRODUÇÃO.....	xiii

CAPÍTULO 1

1 A IMPORTÂNCIA E A CENTRALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL.....	1
1.1 O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	2
1.1.1 Breve diferenciação entre direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais e os motivos para a escolha, nesse trabalho, desta última locução ..	2
1.1.2 O “nascimento” dos direitos fundamentais	6
1.2 AS IMPORTANTES MUDANÇAS PROVOCADAS PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
1.2.1 O reconhecimento de direitos individuais	10
1.2.2 O antropocentrismo. A preocupação com a defesa da dignidade humana ...	12
1.2.3 A mudança no sistema político: a racionalização do poder e a criação do Estado de Direito	15
1.2.4 A força dos direitos fundamentais: direitos fundamentais como “trunfos contra a maioria”	19
1.2.5 A nova forma de visualizar a relação Estado versus cidadão: relação de paridade em substituição à relação de submissão.....	20
1.2.6 A mudança no modelo jurídico	21
1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	24
1.3.1 A constitucionalização do Direito Privado.....	29
1.3.2 Avanços e retrocessos do processo de constitucionalização do Direito Privado	31
2 O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	35
2.1 NOÇÃO DE REGIME JURÍDICO	35
2.2 O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA BRASILEIRO	37
2.2.1 Abertura e flexibilidade	37
2.2.2 Fundamentalidade formal e material	40

2.2.3 A eficácia dos direitos fundamentais	43
2.2.3.1 Eficácia mediata	50
2.2.3.2 Eficácia imediata	52
2.2.3.3 As adesões doutrinárias às duas teorias: demonstração da atualidade e do caminho ainda aberto à discussão	54
2.3 A DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	55
2.3.1 A dimensão subjetiva	57
2.3.2 A dimensão objetiva	59
2.4 A UNIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	63
3. CONCEITO E GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	67
3.1 CONCEITOS E DEFINIÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	67
3.2 AS VÁRIAS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	70
3.2.1 Direitos de primeira geração	72
3.2.2 Direitos de segunda geração.....	74
3.2.3 Direitos de terceira geração	75
3.2.4 Direitos de quarta, quinta e demais gerações	76

CAPÍTULO 2

1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA RELACIONADA À PREOCUPAÇÃO DA SOCIEDADE COM O BEM JURÍDICO INTIMIDADE.....	81
2 A GRADUAL POSITIVAÇÃO NAS DIVERSAS ORDENS NORMATIVAS DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE.....	89
2.1 O TRABALHO DE SAMUEL WARREN E LOUIS BRANDEIS THE RIGHT TO PRIVACY.....	90
2.2 O DESENVOLVIMENTO DA PROTEÇÃO A PRIVACIDADE E SEU REFLEXO EM ALGUNS TEXTOS LEGAIS	93
2.3 A INFLUÊNCIA POSITIVA E NEGATIVA DO TEXTO DE WARREN E BRANDEIS NA CONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO E DEFESA DA INTIMIDADE	94
3 UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO: A DIFERENCIAÇÃO ENTRE INTIMIDADE E VIDA PRIVADA.....	95

3.1 A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA EM TORNO DO SIGNIFICADO DAS EXPRESSÕES INTIMIDADE E VIDA PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 ...	95
3.1.1 A redação do inciso X, do artigo 5º, da CF/1988.....	97
3.2 O PRIMEIRO RECURSO: A ANÁLISE GRAMATICAL DO ENUNCIADO.....	98
3.2.1 A aplicação do adágio latino <i>verba cum effectum, sunt accipienda</i> (a inexistência de expressões inúteis na lei)	99
3.3 O CONTEÚDO DA EXPRESSÃO INTIMIDADE	100
3.3.1 Investigação etimológica do sentido da palavra intimidade.....	101
3.4 O SENTIDO DA EXPRESSÃO VIDA PRIVADA.....	103
3.4.1 As esferas pública, privada e social	104
3.4.1.1 As esferas pública e privada no pensamento político clássico.....	104
3.4.1.2 As esferas pública e privada na Idade Média: a gradativa diluição das fronteiras entre o público e o privado	108
3.4.1.3 O surgimento da esfera social.....	109
3.4.1.4 A publicização do direito privado e a privatização do direito público.....	111
3.5 O SURGIMENTO DA PRIVATIVIDADE MODERNA: A DEFESA DA PRIVACIDADE COMO FORMA DE REBELIÃO EM FACE DA MASSIFICAÇÃO SOCIAL	112
3.5.1 A privacidade em sentido lato. Princípio regente: exclusividade	113
3.5.1.1 Vida privada: conteúdo e caracteres de identificação	114
3.5.1.2 Intimidade: caracteres de identificação	115
3.5.1.3 À guisa de arremate: A distinção entre vida privada e intimidade sob a ótica do princípio da exclusividade. Vida Privada: Necessidade de comunicação de dados ao mundo exterior. Intimidade: ausência de necessidade de comunicação de dados ao mundo exterior.....	116
3.6 A VALIDADE DA DISTINÇÃO ENTRE INTIMIDADE E VIDA PRIVADA.....	118
3.7 ALGUNS AUTORES QUE DISTINGUEM INTIMIDADE DE VIDA PRIVADA.....	119
4 A INTIMIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A PERSPECTIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	121
4.1 A SITUAÇÃO PRÉ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	121
4.2 A SITUAÇÃO PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	123
4.2.1 O direito a intimidade alçado à condição de direito fundamental	123
4.3 A DEFINIÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE AOS OLHOS DA DOUTRINA DO DIREITO CONSTITUCIONAL	125

5 O DIREITO A INTIMIDADE NA ÓTICA DO DIREITO PRIVADO: O DIREITO A INTIMIDADE TRATADO COMO MANIFESTAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	128
5.1 O QUE SÃO OS DIREITOS DE PERSONALIDADE?.....	128
5.2 A INICIAL NEGAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE: CONFUSÃO ENTRE PERSONALIDADE COMO OBJETO E TITULAR DE DIREITOS	133
5.3 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO DIREITOS TÍPICOS.....	135
5.3.1 A insuficiência do caráter fechado (típico) dos direitos de personalidade.....	137
5.4 A BUSCA DA ABERTURA DO CARÁTER TÍPICO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE: O DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE	139
5.5 REFLEXOS DESSE DEBATE NO DIREITO BRASILEIRO.....	142
5.5.1 Os direitos de personalidade no Código Civil de 1916.....	142
5.5.2 Os direitos de personalidade na Constituição Federal de 1988	143
5.5.3 Os direitos de personalidade no Código Civil de 2002.....	146
5.5.4 Existirá ou não uma cláusula geral de tutela da personalidade na novel lei civil?	146
5.6 ADVERTÊNCIAS ACERCA DA INSUFICIÊNCIA DE VISUALIZAR-SE O DIREITO DE PERSONALIDADE SOB UMA ÓTICA PATRIMONIALISTA: A PASSAGEM DO TER PARA O SER.....	148
5.6.1 A vinculação da noção de direitos de personalidade aos direitos do homem: a proposta de uma visão personalista do direito	152
5.7 O CONCEITO DE INTIMIDADE PARA O DIREITO PRIVADO	154
5.7.1 Caracteres do direito à intimidade.....	161

CAPÍTULO 3

1 A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DO DIREITO A INTIMIDADE.....	165
1.1 A IMPORTÂNCIA DA INTIMIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO	165
1.2 A IMPORTÂNCIA DA INTIMIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO E APRIMORAMENTO DA SOCIEDADE	170

1.3 A IMPORTÂNCIA DA INTIMIDADE PARA A SUSTENTAÇÃO DE REGIMES DEMOCRÁTICOS	174
2. OS VÁRIOS CICLOS DA INTIMIDADE.....	179
2.1 ASCENSÃO: GRANDES REVOLUÇÕES. A BUSCA PELA LIBERDADE.....	179
2.2 DECLÍNIO: EMERGÊNCIA DO ESTADO SOCIAL. O COMBATE AO INDIVIDUALISMO	180
2.3 O “RENASCIMENTO”: O MUNDO PÓS-MODERNO E OS ATAQUES À INTIMIDADE.....	181
3. A DEFESA DA PESSOA COMO MOLA PROPULSORA DE DESENVOLVIMENTO E APRIMORAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DO DIREITO À INTIMIDADE	182
3.1 A DEFESA DA PESSOA COMO VALOR FONTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	183
3.2 A PESSOA COMO VALOR FONTE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE	186
3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FONTE DA INTIMIDADE.....	188
4. O REGIME JURÍDICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE NA PERSPECTIVA DO PRESENTE TRABALHO.....	188
4.1 CONCEITO	188
4.2 CARACTERES.....	189
4.3 O INTERESSE JURIDICAMENTE PROTEGIDO: A PROTEÇÃO DE VALORES MORAIS, SENTIMENTAIS E ESPIRITUAIS QUE FAZEM PARTE DO ACERVO EXISTENCIAL DO INDIVÍDUO	194
4.3.1 Visa a proteção da liberdade e autonomia e evitar a instrumentalização da pessoa.....	195
4.4 TITULARES.....	196
4.4.1 Deve ser garantida a todos independentemente de sua capacidade jurídica, da função desempenhada, de seu status social, de seu estatuto jurídico.....	197
4.5 AS DUAS FACES DA INTIMIDADE: A INTIMIDADE <i>SUBJETIVA</i> E A INTIMIDADE <i>INTER-RELACIONAL</i>	200
4.6 O LOCAL DE FRUIÇÃO DA INTIMIDADE	203

4.7 O FATO ANTIJURÍDICO: INTROMISSÃO OU DIVULGAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE FATOS ÍNTIMOS	205
4.8 A NECESSIDADE DE SE DEFENDER DE FORMA AGUERRIDA À INTIMIDADE. EVENTUAL CONFLITO QUE DEVE PRIVILEGIAR, QUANDO POSSÍVEL, UMA SOLUÇÃO <i>PRO HOMINE</i> E <i>PRO LIBERTATIS</i>	206
5. ALGUMAS HIPÓTESES QUE ENVOLVEM O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE.....	208
5.1 A INTROMISSÃO E DIVULGAÇÃO DE DIÁLOGO ÍNTIMO TRAVADO EM LOCAL RESERVADO DO LOCAL DE TRABALHO DE DUAS PESSOAS NOTORIAMENTE CONHECIDAS.....	209
5.2 A DIVULGAÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS DE CASAL	213
CONCLUSÕES	220
REFERÊNCIAS.....	229

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar as atuais e principais características do regime jurídico do direito fundamental à intimidade após o advento da Constituição Federal de 1988 sob uma perspectiva civil-constitucional. A pesquisa justifica-se na medida em que esse direito, por se tratar de uma hipótese nova trazida pela Constituição Federal de 1988, ainda não foi objeto de maiores estudos pela doutrina jurídica brasileira. Como esse direito foi trabalhado até 1988 pela doutrina do Direito Privado como um dos chamados direitos da personalidade e, a Constituição Federal de 1988 o elevou ao *status* de direito fundamental, optou-se por fazer uma análise conjugada do mesmo utilizando-se esses dois campos do saber: o Direito Público e o Direito Privado. Assim, na primeira parte do trabalho se apresentará o regime jurídico dos direitos fundamentais na perspectiva da Constituição Federal de 1998. No segundo capítulo, se analisará o conteúdo e as principais características do direito à intimidade na perspectiva do Direito Público (na qualidade de direitos fundamentais) e do Direito Privado (na qualidade de direitos da personalidade), para, ao final (no terceiro e último capítulo do estudo), reunirem-se os elementos desses dois ramos do Direito e apresentar-se então o regime jurídico do direito fundamental à intimidade numa perspectiva civil-constitucional.

ABSTRACT

The present work has like principal objective analyses the current and principal characteristics of the legal regime of the basic right to the intimacy after the advent of the Federal Constitution of 1988 under a constitutional-civil perspective. The research is warranted to the extent that this right, because it is a case brought by the new Constitution of 1988, has not been the subject of more studies by the Brazilian legal doctrine. This right was worked until 1988 by the doctrine of the Private Law as a so-called rights of personality and, a Federal Constitution of 1988 lifted up it to the status of basic right, chose to make a combined analysis of the same by using these two fields of knowledge: the Public Law and Private Law. So, in the first part of the work will show up the legal regime of the basic rights in the perspective of the Federal Constitution of 1998. In the second chapter, there will be analysed the content and the principal characteristics of the right to the intimacy in the perspective of the Public Law (in the capacity of basic rights) and of the Private Law (in the capacity of rights of the personality), for, to the end (in the third and last chapter of the study), are joined the elements of these two branches of the Right and shows up then the legal regime of the basic right to the intimacy in a constitutional-civil perspective.

INTRODUÇÃO

A intimidade, apesar de ser um dos sentimentos mais nobres experimentados pelo ser humano e mostrar-se imprescindível para o desenvolvimento psíquico do indivíduo, só passou a ser objeto de maiores preocupações no âmbito legislativo e jurídico a partir do final do século XVII com o advento das Revoluções Francesa e Americana.

A sociedade, provocada pelos pensadores românticos e iluministas, passou a ter a consciência de quanto se fazia necessário resguardar um espaço único e totalmente exclusivo ao indivíduo no qual este, livre de quaisquer ingerências ou intromissões externas, pudesse desenvolver todas as suas potencialidades.

Apesar de na Europa a preocupação com a defesa da intimidade ter se iniciado há mais de três séculos, no Brasil, infelizmente, esse bem jurídico carecia de maior proteção jurídica até o advento da Constituição Federal de 1988. Até ali, o ordenamento jurídico brasileiro não contava com uma base positiva explícita que propugnasse a defesa da intimidade. Esta era defendida de forma indireta através de mecanismos contidos na legislação ordinária¹ e na própria Constituição Federal², mas quase nunca de forma direta.

No entanto esse panorama felizmente muda totalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, demonstrando todo seu espírito revolucionário e humanista, tornou, por meio do inciso X, do artigo 5º, inviolável a intimidade do indivíduo.

No entanto, apesar da expressa positivação no documento mais importante da República, constata-se que esse direito ainda não é objeto de maiores estudos por parte da dogmática jurídica o que, consequencialmente, faz com que sua aplicabilidade se mostre extremante limitada no dia-a-dia forense³ o que, parece ser preocupante⁴.

¹ Por exemplo: a inviolabilidade do domicílio previsto no artigo 150 do Código Penal Brasileiro.

² Por exemplo, por meio da proibição de invasão do domicílio; inviolabilidade da correspondência.

³ Ao se fazer rápida pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal utilizando-se como parâmetro de busca o termo *intimidade* se constata que o mesmo é objeto de 53 acórdãos enquanto que o termo *propriedade* é objeto de 1607 acórdãos.

⁴ Muita dessa limitação advém da inegável dificuldade na conceituação desse bem, da sua recente aparição e, também, da clássica divisão até então existente entre o direito público e o direito privado.

Ao se consultar os trabalhos até então existentes, verifica-se que a maioria deles ou trabalha o direito à intimidade sob uma perspectiva do direito público (viés dos direitos fundamentais) ou o trabalha sob uma perspectiva do direito privado (viés dos direitos da personalidade).

Contudo, tendo em vista que, atualmente, a Constituição Federal exerce papel proeminente no sistema normativo pelo que “todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e juridicidade constitucional”⁵, surgindo daí a “necessidade de se buscar uma inter-relação axiológica visando a unidade sistemática e a efetiva realização dos valores estabelecidos no *pacto fundador* diante do direito infraconstitucional”⁶, não guardando mais sentido, por tal motivo, em se falar em uma dicotomia público-privado⁷, entende-se como válida a tentativa de uma ressystematização do direito à intimidade sob uma perspectiva civil-constitucional.

Nesse sentido, buscar-se-á na pesquisa ora empreendida conjugar os elementos e conceitos até então existentes no direito público (direitos fundamentais) e no direito privado (direitos da personalidade) para, ao final, apresentar-se o que se pode entender por um direito fundamental à intimidade numa perspectiva civil-constitucional.

Para que se consiga atingir esse intento optou-se por dividir o presente trabalho em três capítulos.

O primeiro capítulo dirige-se ao estudo e análise do regime jurídico dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, auxiliando-se da análise histórico-evolutiva dos direitos fundamentais se apresentará como os mesmos surgiram, se

Essa limitação preocupa uma vez que: i) ou os cidadãos ainda não estão devidamente conscientes de que dispõe de legítima proteção a esse tão importante direito e, por tal motivo, deixam de pleiteá-lo, ou então ii) os operadores jurídicos não estão conseguindo defender de forma satisfatória esse direito. Em quaisquer uma das hipóteses essa limitação se mostra preocupante uma vez que cada vez mais surgem meios de ofensa à intimidade fazendo com que o ordenamento jurídico se mostre apto a dar respostas jurídicas efetivas na defesa da integridade da pessoa.

⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 25.

⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional** ..., p. 25.

⁷ Como destaca Gustav Radbruch:

“Numa ordenação social do direito não se encontram, por isso, o direito público e o privado lado a lado, separados por nítidos limites, mas antes em situação de deslocamento recíproco.” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad.: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 187.)

desenvolveram e com que intuito foram concebidos. Da análise do caminho histórico percorrido visualizar-se-á qual foi a sua importância para a sociedade, para o sistema constitucional e para a ordem jurídica como um todo. Feito isso, apresentar-se-ão os aspectos mais relevantes do regime jurídico dos direitos fundamentais. Em seguida, explorar-se-ão os conceitos de direitos fundamentais extraídos da doutrina do direito público para, ao final, demonstrar como a evolução histórica dos direitos fundamentais influenciou o próprio conceito dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo, explorar-se-á a evolução do conceito do bem jurídico intimidade. Nesse sentido se apresentará como e em que contexto surgiu o interesse pela proteção à intimidade, como esse direito foi tratado pela doutrina do direito público e qual foi o tratamento dado pela doutrina do direito privado, demonstrando, quais são os caracteres que formam o conteúdo e o regime jurídico do direito à intimidade tanto na perspectiva do direito público (direitos fundamentais), quanto na perspectiva direito privado (direitos de personalidade).

No terceiro e último capítulo o intento perseguido será então o de construir um conceito e regime jurídico para o direito fundamental à intimidade na perspectiva civil-constitucional. Para atingir esse objetivo inicialmente se apresentará a importância de se estudar a intimidade no contexto jurídico de uma sociedade nominada como “pós-moderna”. Logo após demonstrar-se-á como a intimidade ascendeu, entrou em declínio e ressurgiu em menos de três séculos. Ao fim e ao cabo se conjugará os elementos do direito público e do direito privado para se tentar construir um conceito e um regime jurídico para o direito fundamental à intimidade na perspectiva civil-constitucional após o advento da Constituição Federal de 1988.

Espera-se que finalizado o trabalho, o mesmo possa auxiliar aqueles que aqui busquem subsídios na solução de eventuais controvérsias que envolvam o direito fundamental à intimidade. Esse é o modesto intento a ser perseguido com a pesquisa ora empreendida.

CAPÍTULO 1

1 A IMPORTÂNCIA E A CENTRALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL

Para que se tenha base científica sólida que ampare o desenvolvimento de uma análise séria daquilo que se pode entender por direito fundamental à intimidade, parece interessante partir da categoria geral, para a categoria especial. Assim, admitindo-se que o direito fundamental à intimidade nada mais é do que uma *espécie* do *gênero* direito fundamental crê-se adequado, nessa primeira etapa da pesquisa, apresentar os aspectos mais relevantes relacionados ao *gênero* direito fundamental para que, em um segundo momento, analise-se a *espécie* direito fundamental à intimidade.

Nesse intento, auxiliando-se da análise histórico-evolutiva¹ dos direitos fundamentais se apresentará como os mesmos surgiram, se desenvolveram e com que intuito foram concebidos. Da análise do caminho histórico percorrido visualizar-se-á qual foi a sua importância para a sociedade, para o sistema constitucional e para a ordem jurídica como um todo. Feito isso, apresentar-se-ão os aspectos mais relevantes do regime jurídico dos direitos fundamentais. Em seguida, explorar-se-ão os conceitos de direitos fundamentais extraídos da doutrina para, ao final, demonstrar como a evolução histórica dos direitos fundamentais influenciou o próprio conceito dos direitos fundamentais.

¹ A análise histórico-evolutiva de qualquer instituto parece ser essencial para que se conheça mais a fundo o seu conteúdo e o seu alcance. Isso porque todo Estado dispõe de ordenamento jurídico próprio, composto de normas nas quais se distinguem valores protegidos pelo Direito, sendo que esses valores, ou bens jurídicos, contam com maior ou menor amparo perante as respectivas normas que os resguardam conforme a natureza e relevância que estas lhe emprestaram no momento em que editadas e em face do ambiente social para o qual se destinaram. (AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pp. 21-22.)

Na lição de Waldemar Ferreira “nenhum jurista pode dispensar o contingente do passado a fim de bem compreender as instituições jurídicas dos dias atuais. Ninguém é capaz de dar um passo à vanguarda, adiantando um, sem deixar o outro pé na retaguarda. Diferentemente não se realizam caminhadas.” (FERREIRA, Waldemar. **História do direito brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. p. 11.)

Daí porque Carlos Maximiliano afirmar que: “o que hoje vigora, abrolhou de germes existentes no passado; o Direito não se inventa; é um produto lento da evolução, adaptado ao *meio*, com acompanhar o desenvolvimento desta, descobrir a origem e as transformações históricas de um instituto, obtém-se alguma luz para o compreender o bem.” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 112.)

Estes são, resumidamente, os tópicos a serem trabalhados neste capítulo. Inicie-se a abordagem.

1.1 O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1.1 Breve diferenciação entre direitos naturais, direitos humanos, direitos da personalidade e direitos fundamentais e os motivos para a escolha, nesse trabalho, desta última locução

Já se afirmou que em se tratando de *direitos do homem* “muitas têm sido as expressões utilizadas para denominar uma mesma realidade”². Passando-se os olhos sobre os trabalhos que se dedicam à análise dessa realidade encontram-se várias expressões ligadas a ideia de defesa de direitos do ser humano, dentre as quais se destacam as locuções: *direitos naturais*, *direitos humanos*, *direitos individuais*, *direitos subjetivos*, *direitos públicos subjetivos*, *liberdades públicas*³, *direitos fundamentais*, dentre outros. Diante da existência de diversas acepções para tratar de uma realidade muito próxima e da necessidade de não se confundir o sentido de expressões distintas, as quais definem realidades também distintas, crê-se adequado analisar o conteúdo de algumas delas⁴, delimitando-se o sentido escolhido para a locução *direitos fundamentais*.

² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 418.

³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 5 ed. Madri: Editorial Tecnos, 1995. p. 30.

Reconhecendo, igualmente, a existência de expressões aproximativas a ideia de direitos fundamentais e a necessidade de delimitar-se o conteúdo da expressão: FAVOREU, Louis. Quelques Considérations Sur Les Droits de L'Homme. In **Liber Amicorum – Héctor Fix-Zamudio**. Org.: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Apres.: César Gaviria. Vol. I. São José: Corte Interamericana de Direitos Humanos, 1998. p. 667; Gregório PECES-BARBA Martínez, **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madri: Universidad Carlos III, 1999. pp. 21-38; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 418-426; MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 44.

Duas expressões que muitas vezes se confundem com a ideia de *direitos fundamentais* são as locuções *direitos naturais* e *direitos humanos*.

É inegável que a locução *direitos naturais* aproxima-se bastante do sentido do que hoje se entende como *direitos fundamentais*. Isso pode ser explicado pelo fato de que os direitos fundamentais originaram-se, em uma perspectiva filosófica, intrinsecamente ligados a concepção jusnaturalística⁵⁻⁶. Relembre-se que segundo o pensamento jusnaturalista vingava a concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, poderia ser considerado como titular de alguns direitos *naturais* e *inalienáveis*⁷. Mais tarde, com a mutação ocorrida nos ordenamentos jurídicos e a inserção destes direitos *naturais* e *inalienáveis* nas cartas políticas das sociedades, passou-se a visualizar não só mais um direito *natural* que, na maioria das vezes não era exigível por frequentar a órbita moral, para se alcançar o direito *fundamental* do indivíduo, exigível por estar inserido na órbita constitucional (positiva). Assim, dado o fato de que os *direitos fundamentais* originaram-se dos próprios direitos chamados *naturais*, não surpreende que, por vezes, esta última expressão venha a ser confundida com a expressão *direitos fundamentais*.

Outra expressão que provoca grande confusão quando se estuda os *direitos fundamentais* é a expressão *direitos humanos*. As razões para que usualmente tal

⁴ Destaque-se que apesar de existirem diversas locuções linguísticas que eventualmente poderiam ser confundidas com o conteúdo de *direitos fundamentais* optou-se por analisar somente duas delas (*direitos naturais* e *direitos humanos*). As razões para tal opção são: i) estas duas expressões são as que mais se confundem com o sentido dos “direitos fundamentais”; ii) o espaço deste trabalho não comportaria uma análise tão profunda de todas as acepções existentes; e, por fim, iii) a existência de ótimos trabalhos que analisam com maior profundidade o emprego e sentido de tais locuções (por exemplo: Gregório Peces-Barba Martínez, **Curso ...**, pp. 21-38 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002. pp. 393-398.).

⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 15.

Para Ingo Wolfgang Sarlet a concepção jusnaturalista do direito foi a “pré-história” dos direitos fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 41.)

⁶ Para Jacques Maritain “la verdadera filosofía de los derechos de la persona humana descansa sobre la idea de la ley natural. La misma ley natural que nos prescribe nuestros deberes más fundamentales y, en virtud de la cual obliga toda ley, es también la que nos asigna nuestros derechos fundamentales.” (MARITAIN, Jaques. **Los derechos del hombre y la ley natural**. Buenos Aires: Biblioteca Nueva, 1943. p. 96. *apud* GÓMEZ, Máximo Pacheco. El concepto de derechos fundamentales de la persona humana. In **Liber Amicorum – Héctor Fix-Zamudio**. Org.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apres.: César Gaviria. Vol. I. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.)

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...**, p. 41.

locução venha a ser confundida com a expressão *direitos fundamentais* são muitas, dentre as quais podem se destacar: i) a expressão *direitos humanos* gera a convicção de que esse direito constitui uma garantia para a dignidade do indivíduo e uma causa para sua liberdade e igualdade⁸; ii) a expressão *direitos humanos* tem o poder tendencial de representar a conjunção de todos os *direitos naturais* do homem correspondente a este tão só pelo fato de existir⁹; além do fato de que iii) vários textos legais, em especial a maioria dos tratados internacionais, trazem em seu bojo a expressão *diretos humanos* como sinônimo de garantia de direitos aos indivíduos.

Nada obstante a inegável contribuição da expressão *direitos humanos* para fundamentar a defesa dos indivíduos no decorrer da História, tendo em vista que ela é alvo de críticas por parte da doutrina¹⁰ e, deve se reconhecer, revela certa ambiguidade em seu conteúdo¹¹, crê-se mais adequado não confundi-la com o sentido aqui empregado para a expressão *direitos fundamentais*.

Outra expressão que geralmente associa-se a locução *direitos fundamentais* é a expressão *direitos da personalidade*. Como se mostrará com mais profundidade no item “5” do capítulo “3” deste trabalho, esta expressão é utilizada para designar alguns direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual¹², o que, de certa forma, não se confunde com o sentido dos direitos fundamentais.

⁸ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso ...**, p. 21.

⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso ...**, p. 419.

¹⁰ Talvez as críticas mais ácidas são formuladas por Michel Villey na França para quem os direitos humanos “são irrealis”, “prometem demais”, sendo suas promessas baseadas em formulações “incertas e indeterminadas”, além do que são “contraditórias” pois colecionam uma profusão de direitos de inspiração muito heterogênea, pela qual ao se garantir o conteúdo de um, afasta-se o conteúdo do outro. (VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Trad.: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 5-7.)

Villey, no trabalho mencionado, amparando-se num estudo da linguagem, arduamente critica a expressão “direitos humanos”, afirmando em determinado trecho de seu trabalho que “o aparecimento dos direitos humanos atesta a decomposição do conceito de direito.” (Obra citada, p. 163.)

¹¹ Outro fundamento para optar-se em não utilizar a expressão *direitos humanos* neste trabalho refere-se a alta carga emotiva que tal expressão carrega consigo, o que favorece o surgimento de ambiguidades e contradições em torno dela. Nesse sentido, apesar de o autor adotar a locução “direitos humanos” em seus estudos, reconhece André Ramos Tavares a emotividade envolta na expressão “direitos humanos”. (TAVARES, André Ramos. **Curso ...**, p. 418.)

¹² AMARAL, Francisco. **Direito Civil ...**, pp. 247-248.

Mas, se não se optou nessa pesquisa por utilizar as expressões *direitos naturais*, *direitos humanos* ou *direitos da personalidade* por que então se optou pelo emprego da locução *direitos fundamentais*?

As razões para escolha dessa expressão são muitas. Primeiramente, o fato de que a locução *direitos fundamentais* parece dar conta de abarcar as duas dimensões nas quais aparecem os *direitos humanos*, sem incorrer nos reducionismos jusnaturalista ou positivista. Também, pelo fato de que ela parece se apresentar mais adequada do que os termos *direitos naturais* ou *direitos morais* haja vista que esses parecem mutilar os *direitos humanos* em sua faceta jurídico-positiva uma vez que formulam seu conceito sem levar em conta sua dimensão jurídico-positiva.¹³⁻¹⁴

Por todas essas razões crê-se mais adequado utilizar-se o termo *direitos fundamentais* para designar a categoria jurídica objeto deste capítulo e do presente trabalho.

Afastadas eventuais confusões terminológicas originadas da utilização das locuções acima mencionadas, arremate-se o raciocínio informando-se que o sentido empregado para a expressão *direitos fundamentais* no presente trabalho é o de designar aqueles direitos considerados *naturais* e *inalienáveis* do indivíduo, positivados e localizados que estão no topo da Constituição¹⁵. Por outro lado, quando se falar em *direitos humanos* quer se dizer que estes serão aqueles direitos

¹³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso** ..., pp. 36-38.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos fundamentais. 2 ed. (reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, 1998. Tomo IV. pp. 48 e ss.

¹⁵ Para Canotilho a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva de direitos considerados "naturais" e "inalienáveis" do indivíduo. Mas não basta uma qualquer positivação; é necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** ..., p. 377.)

de índole internacional não integrantes da ordem jurídica positiva¹⁶⁻¹⁷, até porque, como relembra Martin Borowski, ao se aceitar que os *direitos humanos* se tratam de direitos morais e, justamente, pela sua adequação moral é que tais direitos têm validade, parece não revelar tamanha importância a sua “institucionalização, positivação ou efetividade social”¹⁸. Já por *direitos naturais* deve se entender aqueles direitos inerentes ao indivíduo que são superiores e anteriores a qualquer contrato social¹⁹.

Feita essa delimitação terminológica passa-se então a uma análise da evolução histórica dos direitos fundamentais.

1.1.2 O “nascimento” dos direitos fundamentais

A análise da origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo da História é um tema por demais fascinante e que justificaria, facilmente, a realização de todo um trabalho monográfico dedicado ao assunto. Entretanto, como o objetivo do presente estudo não é este, procurar-se-á, neste tópico, noticiar, mesmo que de forma superficial (mas não menos criteriosa), a evolução dos direitos fundamentais no transcurso do tempo, visando, com isso, propiciar uma adequada compreensão de sua importância e função.

¹⁶ Segundo Canotilho as expressões *direitos do homem* e *direitos fundamentais* são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* seriam direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista) e *direitos fundamentais* seriam os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (**Direito constitucional** ..., p. 393.)

¹⁷ Corroborar ainda mais a opção pela expressão direitos fundamentais no lugar da expressão direitos humanos quando se verifica que Pérez-Luño afirma que para que se possa falar de direitos humanos não basta reconhecer determinadas faculdades ao indivíduo, senão que se precisa que as mesmas tenham direta e imediata referência a sua própria qualidade de ser humano, e se reputeem imprescindíveis para o desenvolvimento de sua atividade pessoal e social. Daí que a positivação dos direitos fundamentais sejam o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento no plano técnico dos sistemas de positivação, e o paulatino afirmar-se no terreno ideológico das idéias de liberdade e dignidade humanas. (PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 109.)

¹⁸ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 30.

¹⁹ Concepção influenciada pela concepção na Constituição Francesa que distinguia entre direitos naturais e direitos civis. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** ..., p. 394.)

Apesar de se encontrar certa divergência doutrinária acerca da existência ou não de direitos fundamentais na antiguidade²⁰ e de alguns autores entenderem que esses direitos já poderiam ser encontrados em textos da Idade Média²¹, ao se entender que direitos fundamentais seriam aqueles direitos inatos e inerentes ao ser humano, positivados que estão em lugar de destaque da Constituição²², parece não ser difícil aceitar que o seu verdadeiro “nascimento” se deu com as grandes revoluções sociais operada na América do Norte e Europa no século XVIII²³.

Na antiguidade clássica, apesar de não se reconhecerem direitos fundamentais no sentido empregado no presente trabalho, verifica-se que existia a preocupação em defender a igualdade natural dos homens²⁴⁻²⁵. No entanto, os

²⁰ Canotilho entende que se se perguntar se existiam direitos do homem na antiguidade a resposta é negativa. Para isto bastaria recordar que Platão e Aristóteles consideravam o estatuto da escravidão como algo natural. Platão por julgar que só um pequeno número de homens especialmente qualificados possuía um verdadeiro saber acerca do comando do Estado sendo que os demais deviam a estes uma obediência incondicionada, convertendo-se em seus súditos ou escravos e Aristóteles por entender que se a lei natural estabelecia que um homem pertencia a outro ele era escravo. (**Direito constitucional ...**, pp. 380-381) No mesmo sentido: VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos ...**, pp. 81 a 106.

Já Robert Alexy entende que marcas destes fenômenos se encontram por todas as partes da história onde se enfatizam o valor próprio e a igualdade dos homens. Para Alexy exemplos dessa afirmação são encontradas já na Antiguidade. No Gênesis existiu a mensagem de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus; também a fórmula de igualdade que se encontra no Novo Testamento na carta de Paulo aos Galateos. (ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Apres. e trad.: Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Departamento de publicações da Universidade de Externado da Colômbia, 2003. pp. 31-32.)

²¹ Exemplo da sua existência seria a *Magna Charta* de 1215.

²² Concepção adotada neste trabalho. Vide a advertência inserta no item “1.1.1”.

²³ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Reimp. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, [sd]. 182.

²⁴ Exemplo disso é encontrado no pensamento sofístico e estóico segundo Canotilho. Explica o autor lusitano que o pensamento sofístico, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproximou-se da tese da igualdade natural e idéia de humanidade. No pensamento estóico assume o princípio da igualdade um lugar proeminente: a igualdade radica no fato de todos os homens encontrarem-se sob um *nomos* unitário que os converte em cidadãos do grande Estado universal. Nesse sentido: direitos de todo o mundo e não apenas direitos limitados ao espaço da polis. Segundo o mesmo autor no mundo romano, o pensamento estóico tentará deslocar a doutrina da igualdade da antropologia e da ética para o terreno da filosofia e doutrina políticas. No entanto, a idéia de igualdade dos homens, assente numa dimensão individual e cosmológica, não conseguiu ultrapassar o plano filosófico e converter-se em categoria jurídica e, muito menos, em medida natural da comunidade social. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional ...**, p. 381)

ideais ali defendidos estavam muito mais ligados a uma concepção de igualdade e de dignidade, o que gerava a dificuldade da sociedade antiga em entender a sua exata compreensão, pois, para aquela sociedade, a cidade e a república se fundavam, por um lado, numa instituição – a escravatura, e, por outro lado, numa moral coletiva exigente e alargada²⁶.

Já na Idade Média, encontram-se ideais de postulados de cunho suprapositivo que, por orientarem e limitarem o poder, atuavam como critérios de legitimação de seu exercício²⁷. No entanto, tais textos não podem ser considerados como verdadeiros direitos fundamentais haja vista que se destinavam a proteger poucos e restritos direitos²⁸.

Contudo esse panorama modifica-se com as declarações Americanas e Francesa do século XVIII. Aqui se abre uma nova etapa no processo de positivação dos direitos fundamentais.

No curso da Idade Moderna aparecem uma série de textos que já não se preocupam mais em somente atribuir determinadas prerrogativas aos barões ou cidadãos através de pactos ou leis gerais emanadas do Parlamento, senão que tendem a consagrar alguns princípios que se consideram como precedentes ao próprio ordenamento positivo do Estado e que, antes de criados, são reconhecidos

²⁵ Já Fábio Konder Comparato entende que essa preocupação (a preocupação com a igualdade dos homens) surge a partir do período axial que, pela primeira vez na História, passa a ver o ser humano em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação e a existência de direitos universais, porque a ela inerentes. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 11)

²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. (reimp. da ed. de 2004). Coimbra: Almedina, 2006. p. 16.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...**, p. 41.

²⁸ Exemplo disso é a *Magna Charta* de 1215. No entanto, como em destaca Carl Schmitt, apesar de muitos doutrinadores citarem a *Magna Charta* de 1215, a *Acta de Habeas Corpus* de 1679, ou ainda, o *Bill of Rights* de 1688 como as primeiras declarações de direitos fundamentais, tal menção é manifestamente equivocada uma vez que tais documentos, na realidade, nada mais são do que regulações contratuais ou legais dos direitos dos barões ou burgueses ingleses que, se analisados criticamente, não tiveram originariamente o sentido de direitos fundamentais, os quais começariam propriamente com as declarações formuladas pelos Estados americanos no século XVIII, ao fundar sua independência em face da Inglaterra. (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución ...**, p. 182.) Comungando da mesma opinião José Carlos Vieira de Andrade, **Os direitos fundamentais ...** p. 21 e Ingo Wolfgang Sarlet, **A eficácia ...**, 3 ed., p. 45.

pelo poder constituinte²⁹. Tal reconhecimento tem o condão de fazer com que tais direitos passem a ser vistos como parte formadora da constituição como instrumento fundamental da convivência política³⁰. Desse modo, passa-se a considerar que as constituições devem conter, de uma parte, uma série de regras relativas à organização dos poderes públicos e, de outra, disposições que proclamem os princípios fundamentais que devem inspirar o funcionamento de todos os órgãos do Estado. Essas disposições vêm enunciadas nas declarações de direitos que caracterizariam a própria natureza e os fins do Estado³¹. Surge, nesse diapasão, a noção de que o Estado não é mais um ente ilimitado³², mas sim limitado por direitos fundamentais³³.

Nessa ordem de ideias constata-se sem muita dificuldade que as Declarações do final do século XVIII adquiriram um papel importante no destino da humanidade, pois alavancaram os direitos fundamentais em grau de importância até então nunca visto, dando-lhes caráter universal, imprimindo-lhes a árdua, mas não menos

²⁹ ALEXY, Robert. **Tres escritos** ..., pp. 32-33.

O mesmo Alexy cita as Declarações de Direitos da Virgínia em doze de junho de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França de 26 de agosto de 1789 e as dez emendas constitucionais de 1791 introduzidas na Constituição dos Estados Unidos como as primeiras tipificações positivas completa de direitos fundamentais que tiveram força constitucional gerando, com isso, um catálogo de direitos fundamentais. (ALEXY, Robert. **Tres escritos**..., pp. 32-33.)

Não diferentemente Comparato que vê o artigo I da Declaração que “o bom povo da Virgínia” tornou pública em 16 de junho de 1776, como o registro de nascimento dos direitos humanos na História. Para ele esta documento é o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A “busca da felicidade”, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana. Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal, como a própria pessoa humana. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica** ..., p. 49.)

³⁰ Como destaca Pérez-Luño os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica uma vez que tais direitos assinalam o horizonte de metas sócio-políticas a alcançar, e, ao mesmo tempo, estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado e entre si. (PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 310.)

³¹ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 114.

³² Como relembra Schier (2003; p. 275): “(...) sabe-se, da doutrina do Direito Constitucional, que na ordem jurídica não há poderes ilimitados. Onde a Constituição concede uma competência, o faz, sempre, vinculando-a a determinadas finalidades, confiando, a integrantes dos poderes da República, e não a pessoas levianas, a persecução dos interesses da coletividade.” (SCHIER, Paulo Ricardo. As Comissões Parlamentares de Inquérito e a defesa dos Direitos Individuais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. n. 3. 2003. Curitiba.)

³³ SCHMITT, Carl. **Teoría** ..., p. 184.

gloriosa tarefa, de se tornarem fundamentos de legitimidade de toda e qualquer sociedade³⁴.

Daí em diante, do século XVII até os dias de hoje, os direitos fundamentais passaram a se impor gradativamente não só formalmente, mas também materialmente, passando a fazer parte da maioria das constituições dos países ocidentais.

Esse fato acarreta profundas mudanças no Estado e na sociedade.

1.2 AS IMPORTANTES MUDANÇAS PROVOCADAS PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.2.1 O reconhecimento de direitos individuais

Apesar de os direitos fundamentais apresentarem-se originariamente como direitos fundamentais de cunho liberal, o que, segundo boa doutrina, terminaria mais à frente por limitar o seu alcance e produzir, inclusive, efeitos negativos³⁵, isso não quer dizer que eles não provocaram mudanças significativas nas sociedades do século XVIII. Abordem-se algumas das mudanças provocadas.

Os livros de história noticiam que reinava na sociedade medieval a consideração de que o homem era um animal político que nascia em um grupo social (a família) e aperfeiçoava sua própria natureza em um grupo social maior (a *polis*). Nesse sentido, a sociedade política medieval era vista como uma sociedade complexa, feita de grupos, de ordens, de classes, de múltiplas unidades territoriais e sociais, pelo que os indivíduos não eram considerados em sua singularidade, mas, sim, em seu conjunto, pelo que eram vistos como simples integrantes daqueles

³⁴ MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 40.

³⁵ V.g. Canotilho para quem se as ideias contratuais de Hobbes acabaram na legitimação do poder absoluto, em Locke a teoria contratual conduziu a defesa da autonomia privada, essencialmente cristalizada no direito à vida, à liberdade e à propriedade, o que conduziu em grande parte a um **individualismo possessivo** que limitará os direitos fundamentais a serem vistos sempre como *direitos de defesa* do cidadão perante o Estado, devendo este abster-se da invasão da autonomia privada. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional ...**, p. 384)

grupos sociais. Daí, afirmar-se que os direitos ali eram direitos das pessoas enquanto membros de grupos ou estamentos³⁶.

Nesse contexto, as antigas liberdades jurídicas não se fundavam na qualidade da pessoa, se não em um *status* socialmente determinado. Amparavam-se integralmente na ideia de pertencimento a uma determinada corporação ou grupo, sendo que a proteção jurídica não era dada a todos, senão aos unicamente privilegiados de forma individual. As liberdades derivariam, assim, do pertencimento ao estamento e eram concedidas como privilégios, motivo pelo qual sua validade era muito particular³⁷.

Já com o advento do Estado Moderno³⁸ esse panorama se modifica. O pensamento moderno indica uma convicção generalizada de que o verdadeiro fundamento de validade, do direito em geral e dos direitos fundamentais especificamente, não deveria ser procurado mais na esfera sobrenatural da revelação religiosa³⁹, nem tampouco em uma abstração metafísica (a natureza) como essência imutável de todos os entes no mundo. Se o direito era uma criação

³⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual** ..., Tomo IV. p. 19.

³⁷ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madri: Editorial Trotta, 2006. p. 78.

³⁸ Como se sabe o Estado moderno apresenta variações, e o que conhecemos hoje é resultado de um processo de desenvolvimento ao longo dos séculos. O historiador alemão Werner Naef identifica três grandes tipologias no processo de desenvolvimento do Estado moderno: a primeira delas seria o Estado estamental, predominante durante os séculos XV e XVI, responsável pela concentração dos poderes políticos; a segunda seria caracterizada pelo Estado monárquico absoluto, que predomina nos séculos XVII e XVIII e representa uma segunda onda de centralização do poder, agora unicamente nas mãos do monarca; a terceira grande tipologia do Estado moderno é representada pelo Estado democrático, que começa a surgir com a Revolução Francesa e consolida-se com a fixação dos direitos do homem e do cidadão." (NAEF, Werner. **La Idea del Estado en la Edad Moderna**. Madri: Aguilar, 1973.)

³⁹ Isto não quer dizer que a religião não teve qualquer importância para o desenvolvimento dos próprios direitos fundamentais. Pelo contrário. Não se verifica maior dissenso doutrinário no sentido de reconhecer que o cristianismo, por exemplo, teve grande importância no desenvolvimento da ideia de que o homem é o fim da sociedade. *Ad exemplum* a oportuna a lembrança de Jorge Miranda: "É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem a aceção de condições, são consideradas pessoas dotadas de um eminente valor. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens são chamados à salvação através de Jesus que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir." (MIRANDA, Jorge. **Manual** ..., Tomo IV. p. 17.) Não diferentemente José Carlos Vieira de Andrade o qual informa que: "O Cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, sobretudo durante a Idade Média, depois de S. Tomás e com a poderosa influência escolástica." (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais** ..., p. 17.)

humana, o seu valor tinha que derivar, justamente, daquele que o criou, o Homem. Assim, o seu fundamento não deveria ser outro, senão o próprio Homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual especificações individuais e grupais deveriam se mostrar secundárias⁴⁰. Passou-se com isso a defender a ideia de igualdade de direitos⁴¹ pelo que os direitos concedidos a grupos não deveriam ser mais admitidos, mas, sim, combatidos⁴².

Extraí-se dessa passagem histórica uma primeira e qualificada mudança de pensamento ocasionada por conta dos direitos fundamentais. A libertação do indivíduo de suas amarras sociais, reconhecendo-lhe direitos que antes só poderiam ser-lhe concedidos na esfera grupal ou estamental⁴³. Surge, assim, a ideia de direitos individuais.

Mas essa foi só uma das mudanças ocorridas. Apresentem-se outras.

1.2.2 O antropocentrismo. A preocupação com a defesa da dignidade humana

Se a preocupação da defesa da dignidade já era encontrada na Antiguidade, no período medievo ela se perde. Esse esquecimento da defesa da dignidade abre caminho para que os direitos sejam considerados como privilégios e possam ser concedidos a limitadas pessoas, desde que, é claro, tais pessoas pertençam a

⁴⁰ Segundo Miguel Reale para o Direito Moderno não se aceitariam mais distinções de classe, nem privilégios seculares. O Direito do Estado, assegurando a integração nacional realizada, estendia-se igualmente sobre tudo e sobre todos. (REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. rev. 3ª. tir. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 207)

⁴¹ Vide o seguinte trecho da chamada “exposição refletida sobre os Direitos do Homem e do Cidadão” do Abade Sieyès, em 1789: “a igualdade de direitos políticos é um princípio fundamental: é sagrada, como a igualdade dos direitos civis.” (SIEYÉS, Abade. **Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão**. Org., trad. e estudo introdutório: Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 69.)

⁴² Mais uma vez Sieyès para quem: “Da desigualdade dos direitos políticos logo brotarão os privilégios. O privilégio é, ou dispensa de um encargo comum, ou outorga exclusiva de um bem comum. Todo privilégio é, então, injusto, odioso e contraditório com o verdadeiro objetivo da sociedade.” (SIEYÉS, Abade. **Exposição refletida** ..., pp. 69-70.)

⁴³ Nesse sentido, para Pérez-Luño os direitos perdem sua vinculação a determinadas categorias ou estamento de pessoas, para apresentar-se como direitos de todos os cidadãos de um Estado ou de todos os homens pelo fato de sê-los. As declarações modernas deixam de enumerar de forma pormenorizada às distintas categorias de sujeitos ativos das liberdades, proclamando-as em termos de grande amplitude. (**Estado de derecho** ..., p. 114.)

determinados grupos⁴⁴. Contudo, se o fundamento do Direito é o Homem, se esse Homem deve ser considerado como “ponto de referência de toda a sociedade”⁴⁵, não se mostrava admissível que os sistemas jurídicos permanecessem dando destaque a outros interesses em detrimento do próprio Homem. Era necessário então, nessa ordem de ideias, promover uma qualificada proteção ao Homem, essa qualificada proteção foi obtida por meio da defesa de sua dignidade⁴⁶.

Muitos ordenamentos influenciados por concepções jusnaturalistas, renascentistas⁴⁷ e kantianas, passaram a afirmar que o homem não poderia ser considerado como meio mas, sim, como fim⁴⁸⁻⁴⁹, sendo que, por tal motivo, deveria receber proteção especial. Assim, as mais variadas ordenações passam a ver o Homem como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores, por conseguinte, a toda ordenação estatal, pelo que sua dignidade deveria ser respeitada⁵⁰⁻⁵¹.

⁴⁴ Vide item 1.2.1.

⁴⁵ LOIA, Luís. Estudo pedagógico introdutório ao **Discurso sobre a dignidade do Homem** de Giovanni Pico Della Mirandola. Lisboa: Edições 70, 2006. p. xxi.

⁴⁶ Como se verificou em passagens anteriores a proteção da dignidade da pessoa pode ser encontrada antes mesmo do surgimento dos direitos fundamentais, mas, com certeza, ela passa a receber a defesa que merece a partir do surgimento dos direitos fundamentais.

⁴⁷ Referência da defesa da dignidade da pessoa no período renascentista é o discurso proferido pelo padre Giovanni Pico Della Mirandola em 1486 intitulado ***Oratio Ioannis Pici Mirandulani Concordiae Comitit***. Naquele discurso o Conde Della Mirandola faz uma análise histórico-crítico do desenvolvimento do pensamento filosófico dos mais altos pensadores defendendo a natureza singular do ser humano. Para maior aprofundamento do pensamento do autor consultar: MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Trad.: Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006.

⁴⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. In **Os pensadores**: Kant (II). Trad.: Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. pp. 134 e 141.

⁴⁹ No mesmo sentido Máximo Pacheco Gómez que considera que o fundamento dos direitos fundamentais da pessoa humana reside em que o homem é um ser dotado de razão e de livre vontade, que possui um fim próprio. Estes caracteres são os que lhe dão a dignidade de que goza. A pessoa humana, por ser um todo dono de si e de seus atos, não pode ser tratada pelo ordenamento jurídico como um meio, senão como um fim e, por isto, deve reconhecer-se-lhe a faculdade de dirigir seu agir conforme as suas exigências garantindo-lhe, por parte dos demais integrantes do grupo social, o respeito ao uso lícito de sua atividade. Em consequência, a verdadeira filosofia dos direitos fundamentais da pessoa humana descansa na dignidade e no fim transcendente dela. (GÓMEZ, Máximo Pacheco. El concepto de derechos fundamentales de la persona humana. In **Liber Amicorum – Héctor Fix-Zamudio**. Org.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apres.: César Gaviria. Vol. I. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998. p. 57.)

O reflexo dessa concepção é a inauguração de uma nova etapa no desenvolvimento do Direito e da própria sociedade: a ideia de que a pessoa é o ponto central de preocupação de todo sistema jurídico⁵². Rompe-se, o pensamento de que o ser humano é mera “engrenagem” de um sistema, inaugurando-se um

⁵⁰ Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 40), concordando com a idéia de que o pensamento de Kant influenciou indelevelmente o desenvolvimento do conteúdo da dignidade humana, após apontar as críticas doutrinárias acerca do pensamento do autor alemão, reafirma que:

“a dignidade da pessoa humana – continua, talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica, para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de Direito. Da concepção jusnaturalista – que vivenciava seu apogeu justamente no Século XVIII – remanesce, indubitavelmente, a constatação de que uma ordem constitucional que – de forma direta ou indireta – consagra a idéia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Da mesma forma, acabou sendo recepcionada, especialmente a partir e por meio do pensamento cristão e humanista, uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, que, na sua manifestação jurídica, significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.)

⁵¹ Para Pérez-Luño (2005, p.45):

“La dignidad humana ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. Su importancia en la génesis de la moderna teoría de los derechos humanos es innegable. Baste recordar que de la idea de *dignitas* del hombre, como ser éticamente libre, parte todo el sistema de derechos humanos de Samuel Pufendorf, que, a su vez, fue fermento inspirador de las declaraciones americanas.” (**Derechos humanos ...**, p. 49.)

⁵² Para Schier (2003, p. 276):

“Dos direitos fundamentais irradiam normas (em geral sob forma de regras) que conformam as relações entre Estado e cidadãos, mas do mesmo modo, as relações dos cidadãos entre si. (...). Não sem razão o Estado de Direito é um Estado vinculado materialmente a um certo núcleo de direitos fundamentais. Este é, logo, o seu substrato ético, que desencadeia o *telos* instrumental da limitação do poder em vistas de sua proteção.

E assim, não é o homem que gira em torno do Estado, mas sim o Estado é quem gravita ao redor do homem, justificando-se na proteção e realização dos direitos fundamentais. (...)” (SCHIER, Paulo Ricardo. As Comissões Parlamentares de Inquérito e a defesa dos Direitos Individuais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. n. 3. 2003. Curitiba.)

No mesmo sentido, reconhecendo a importância dos direitos fundamentais para a defesa do indivíduo: José Carlos Vieira de ANDRADE, **Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa ...**, pp. 82-83; BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de La personalidad. *In Manual de Derecho Constitucional*. 2 ed. BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. Orgs. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001. pp. 117-118; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, volume 3, pp. 2-32, dez./1997; dentre outros.

novo sistema, uma nova ordem. A ordem de proteção do indivíduo singularmente considerado em si⁵³. Essa mudança de paradigma provoca nas palavras de Paulo Ricardo Schier uma verdadeira “Virada de Copérnico” no Direito e, em especial no Direito Constitucional, pois “todo o ordenamento jurídico passa (...) a girar sob o eixo gravitacional da dignidade da pessoa humana. Nada, nenhuma regra, nenhum outro princípio, nenhuma relação jurídica pode ficar imune ao toque mágico da dignidade humana. Em expressão hoje corrente: todos os direitos se (re)personalizam.”⁵⁴

Estes fatos eminentemente marcantes decorreram diretamente da adoção dos direitos fundamentais. Entretanto, não foram os únicos.

1.2.3 A mudança no sistema político: a racionalização do poder e a criação do Estado de Direito

Durante os dois séculos que sucederam a era que se convencionou denominar Idade Média, a Europa conheceu um extraordinário recrudescimento da concentração de poderes. Foi a época em que se elaborou a teoria da monarquia

⁵³ Quanto ao estabelecimento de uma “nova ordem” vide o pensamento de Dieter Grimm (2006, p. 80):

“Cuando se tiene en cuenta los ámbitos de aplicación y las características de los derechos fundamentales (...) queda claro en qué medida rompieron con la tradición para constituir un orden nuevo. Con su referencia a la libertad individual, se dirigían contra un modelo de ordenamiento basado en un ideal de virtud definido materialmente que, por ello mismo, lejos de reconocer a individuos o a grupos sociales autodeterminación alguna, primariamente imponía obligaciones y no otorgaba sino derechos derivados y funcionalmente condicionados. Al basar la posición jurídica en la persona en sentido natural, con la igualdad jurídica que de ello se desprende, se dirigían contra la sociedad estamental, que, a diferencia de aquélla, descansaba en el *status* o en la pertenencia a un estamento o una corporación y se caracterizaba por la desigualdad de derechos y por los privilegios. Al otorgar prioridad a la autodeterminación individual y a la autonomía de los subsistemas sociales frente a la política (mediada por aquélla y garantizada de forma sectorial), se dirigían contra el Estado absoluto principesco, que había monopolizado el conocimiento des bien común, lo cual había derivado en una competencia absoluta para dirigir tanto la vida individual como el desarrollo social.” (Op. cit.)

⁵⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out. nov. dez./1995, pp. 1-21, Acessível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>. Capturado em 29.07.2008, às 12:04 hs.

Entretanto, é de bom alvitre mencionar que o mesmo autor adverte que os direitos fundamentais não tem sua base estrutural fundada única e exclusivamente no princípio da dignidade da pessoa humana, mas também em outros princípios insertos na Constituição Federal de 1988.

absoluta, com Jean Bodin e Thomas Hobbes, e em que se fundaram os impérios coloniais ibéricos ultracentralizadores⁵⁵.

Terminada a Idade Média, instituiu-se, por força das circunstâncias, o monarquismo absolutista que se assentava no fundamento teórico do direito divino dos reis. A autoridade do soberano era considerada como de natureza divina e proveniente diretamente de Deus⁵⁶. O poder de *imperium* era exercido unicamente pelo Rei, cuja pessoa era sagrada e desligada de qualquer liame de sujeição pessoal.

As monarquias absolutas, desconhecendo qualquer limitação de poder, chegaram a reduzir a ideia de soberania a um conceito simplista de senhoria real, próprio do mundo feudal (o Rei, individualmente, é o proprietário do Estado). Assim, a partir da segunda metade do século XVI, o poder real assumiu um duplo sentido: de senhoriagem, próprio do feudalismo; e de *imperiu*, na significação extremada que lhe davam os antigos imperadores romanos⁵⁷.

A concentração de poder nas mãos do monarca era tão marcante a ponto de Luiz XIV, cognominado “Rei Sol”, afirmar: *L’Etat c’est moi*.

Entretanto, o constrangimento individual e a falta de previsibilidade e segurança decorrentes da atividade discricionária e ilimitada de um Príncipe

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica** ..., p. 47.

⁵⁶ Explica Jorge Miranda (2003, p. 43) o que se pode entender por poder “divino do rei”:

“(...) até princípios do século XVIII, a monarquia afirma-se de ‘direito divino’. O rei pretende-se escolhido por Deus, governa pela graça de Deus. (...) vai procurar-se atribuir ao poder uma fundamentação racionalista dentro do ambiente do iluminismo dominante. É o ‘despotismo esclarecido’ ou, noutra perspectiva, em alguns países, o Estado de polícia (...)” (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.)

⁵⁷ Explica as principais características do Estado absoluto Norberto Bobbio (2007, p. 115):

“A formação do Estado absoluto ocorre através de um duplo processo paralelo de concentração e de centralização do poder num determinado território. Por concentração, entende-se aquele processo pelo qual os poderes através dos quais se exerce a soberania – o poder de ditar leis válidas para toda a coletividade (a tal ponto que os costumes são considerados direito válido apenas na medida em que, por uma ficção jurídica, presumem-se acolhidos ou tolerados pelo rei que não os cancelou expressamente), o poder jurisdicional, o poder de usar a força no interior e no exterior com exclusividade, enfim de impor tributos, - são atribuídos de direito ao soberano pelos legistas [sic] e exercidos de fato pelo rei e pelos funcionários dele diretamente dependentes. Por centralização, entende-se o processo de eliminação ou de exaustoração de ordenamentos jurídicos inferiores, como as cidades, as corporações, as sociedades particulares, que apenas sobrevivem não mais como ordenamentos originários e autônomos mas como ordenamentos derivados de uma autorização ou da tolerância do poder central.” (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 13. ed. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.)

empenhado na construção de uma nação culta e polida não poderiam deixar de provocar, inevitavelmente, a reação de uma classe em franca ascensão: a burguesia.

Ainda que se beneficiando da política econômica mercantilista, a burguesia se encontrava afastada dos lugares centrais de governo, o que lhe impunha a necessidade de erguer determinadas barreiras às arbitrariedades do poder ou, ao menos, flexibilizar a discricionariedade e a ausência de freios da Administração, cujas providências concretas, individuais e, logo, potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a calculabilidade, a liberdade e a igualdade de oportunidades dos agentes econômicos, requeridas pelo pleno desenvolvimento das bases econômicas em que se assentava o emergente poder burguês⁵⁸.

Assim, inspirando-se nas pregações racionalistas de John Locke, especialmente em seu **Segundo tratado de governo civil** que se baseava nos princípios liberais da teoria contratualista⁵⁹, essa nova classe resolveu propor a limitação dos poderes do monarca.

⁵⁸ Explica essa necessidade da burguesia Dieter Grimm:

“No obstante, en conjunto el modelo social burgués hubo de concebirse con la oposición, sobre todo, de los monarcas, la Iglesia y los estamentos privilegiados. Lo que hizo comprender a sus defensores que no bastaba con trasladar el nuevo orden del concepto a la realidad (para lo cual no habrían sido necesarios los derechos fundamentales, sino exclusivamente simples derechos); era preciso conferirle también una elevada estabilidad para asegurarlo contra nuevos episodios de control externo. Especialmente peligroso resultaba el Estado, que, como titular del monopolio de la violencia, disponía de los medios para introducirse en el autogobierno social y adulterar la meta del sistema. Si el Estado caía en malas manos o si sus funcionarios desarrollaban intereses propios de organizaciones específicas, el logro de bien común y la justicia no podía sino frustrarse.” (**Constitucionalismo y derechos fundamentales** ..., p. 83.)

⁵⁹ Segundo a doutrina de Locke, o Estado resultaria de um contrato entre o Rei e o Povo, contrato este que resultaria violado quando uma das partes lhe violasse quaisquer de suas cláusulas. Os direitos naturais do homem seriam anteriores e superiores ao Estado, por isso que o respeito a esses direitos era uma das cláusulas principais do contrato social. Assim, a monarquia absoluta, como forma de governo, desconhecendo limitações de qualquer natureza era incompatível com os justos fundamentos da sociedade civil. Se os homens haviam adotado a forma de vida em sociedade e organizado o Estado, fizeram-no em seu próprio benefício, e não seria possível, nesta ordem de idéias, admitir-se que o poder se afirmasse com mais intensidade do que o bem público o exigisse.

Propôs-se nesse sentido a racionalização das funções do Estado⁶⁰ e o controle da Administração. Essa atitude provocou verdadeira ruptura do Direito e do Estado, com a separação do direito e a submissão deste à vontade de uma só pessoa, o Monarca. Dessa forma, racionalizou-se o Estado passando esse a se mostrar Estado fundado e limitado pelo Direito, numa acepção em que limitação do Estado se verificaria pela subordinação do Executivo ao Legislativo e essa limitação se daria sob o império da lei emitida pelo Parlamento⁶¹.

Criou-se, nesses termos, o embrião do denominado Estado de Direito⁶² que, em linhas gerais, poderia ser visto como uma forma de organização político-estadual cuja atividade seria determinada e limitada pelo *direito*⁶³. Elimina-se com essa forma de governo a arbitrariedade na administração do Estado por uma só pessoa e, ao

⁶⁰ Um Estado racionalizado então seria aquele em que a Administração estivesse limitada por regras gerais e abstratas, em que as esferas de autonomia dos cidadãos e a vida econômica não estivessem à mercê de ingerências arbitrárias do Monarca mas, antes, protegidas e salvaguardadas pelas decisões racionais de uma “sociedade esclarecida”, representada no órgão da vontade geral. (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Coimbra. 1987. pp. 32-33.)
No mesmo sentido José Joaquim Gomes Canotilho:

“Uma resposta a esta pergunta é muitas vezes dada recortando o Estado de direito como uma forma de organização jurídica e política circunscrita aos Estados em que progressivamente se foi sedimentando um determinado paradigma jurídico, político, cultural e económico. O Estado de direito perfilar-se-ia, assim, como um *paradigma jurídico-político da cultura ocidental e do Estado liberal do Ocidente*. Foi no «meio ambiente natural» do Ocidente o local da forja de uma arquitectura de Estado baseada no consenso sobre princípios e valores que, no seu conjunto, formam a *chamada juridicidade estatal*. Avancemos já as dimensões fundamentais desta juridicidade: governo de leis (e não de homens!) gerais e racionais, organização do poder segundo o princípio da divisão de poderes, primado do legislador, garantia de tribunais independentes, reconhecimento de direitos, liberdades e garantias, pluralismo político, funcionamento do sistema organizatório estadual subordinado aos princípios da responsabilidade e do controlo, exercício do poder estadual através de instrumentos jurídicos constitucionalmente determinados. No seu conjunto e de forma tendencial, a convergência dos princípios básicos constitutivos da juridicidade estatal acabou por gerar um paradigma de organização política considerado como referência relativamente a outros esquemas organizatórios do político.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Coimbra: Gradiva, 1999. pp. 4 e 7.)

⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo** ..., pp. 35-36.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito** ..., p. 4. Grifo em itálico no original

⁶³ Para Lamartine Corrêa e Muniz:

“O Estado de Direito é Estado subordinado ao Direito. A sociedade toda colabora na tarefa de realização do Direito. Este não se confunde com a vontade do chefe, nem a do presidente, nem a dos tecnocratas, nem a de um grupo, nem a de um partido.” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 532. Fev./1980. p. 20.)

mesmo tempo, se proporciona a proteção de uma esfera indisponível de autonomia individual.

E isso só foi possível com o auxílio indefectível dos direitos fundamentais os quais ampararam a implementação dessa nova “ordem” de poder⁶⁴.

1.2.4 A força dos direitos fundamentais: direitos fundamentais como “trunfos contra a maioria”

Não bastasse a racionalização do poder, os direitos fundamentais também tiveram o poder de proteger os cidadãos contra os efeitos moralizantes de uma maioria, a maioria democrática.

Apesar de aparentemente parecerem dois lados de uma mesma moeda, democracia e direitos fundamentais não são tão conexos quanto parecem ser.

Os regimes democráticos, com suas inegáveis qualidades, não conseguem deixar de se apresentar, em determinados períodos históricos, como verdadeiras ameaças a direitos de minorias. Sim, porque nesse tipo de regime, às vezes se formam maiorias que, equivocadamente, tencionam restringir direitos.

O antídoto para esse mal são os direitos fundamentais. Daí porque alguns autores afirma que os direitos fundamentais se apresentam como “trunfos contra a maioria”.

A ideia de direito como trunfo foi cunhada por Ronald Dworkin. Para o autor americano, a igual consideração e o respeito que o Estado deve ter com cada indivíduo se assemelha à ideia de o indivíduo contar com trunfos contra preferências externas, mais especificamente contra qualquer pretensão estatal de impor ao indivíduo restrições em sua liberdade em nome de concepções de vida que não são as suas e que, por qualquer razão, o Estado repute como merecedoras de maior consideração. Nesse sentido, ao se falar em direitos como trunfos, visualiza-se a ideia de que esses “entrincheiram” os bens da liberdade individual contra decisões políticas, mesmo que estas se pretendam justificar na necessidade de limitação da

⁶⁴ Esta é exatamente a opinião de Dieter Grimm para quem foi precisamente a função de limitar o poder, racionalizando-o, produzindo a supremacia dos cidadãos sobre o Estado é que “desenpeñaron los derechos fundamentales.” (**Constitucionalismo y derechos fundamentales** ..., p. 83.)

liberdade individual em nome da obtenção do bem da comunidade como um todo ou de uma concepção particular de uma *vida boa*⁶⁵.

Assim, pensar em direito como trunfo é pensá-lo como um instrumento de força maior no “jogo de cartas” do processo democrático. Ele se apresentaria como trunfo contra outras cartas que fazem parte do jogo.

Essa tarefa de se apresentar como um “trunfo contra a maioria” é bem desempenhada pelos direitos fundamentais. Segundo Jorge Reis Novais:

ter um direito fundamental segundo a concepção dos direitos como *trunfos* significa duas coisas: de um lado, e no que respeita às relações entre indivíduo e Estado, significa ter uma posição, juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política; de outro lado, e no que respeita às relações entre particulares, ter um direito fundamental significa também, no mínimo, ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões providas de terceiros, mesmo quando, ou sobretudo quando, esses terceiros formam uma maioria ou quando o particular está sujeito, nas relações que estabelece com outros particulares, ao desequilíbrio de uma relação de poder assimétrica.⁶⁶

Ou seja, ao visualizar os direitos fundamentais como trunfos reafirma-se a ideia de que o cidadão tem uma proteção contra eventuais maiorias moralizadoras.

1.2.5 A nova forma de visualizar a relação Estado *versus* cidadão: relação de paridade em substituição à relação de submissão

Além dos direitos fundamentais promoverem verdadeira mudança no regime político e se apresentarem como *trunfos* contra a maioria, ainda tiveram a força de promover significativa mudança na relação Estado *versus* cidadão.

Para o pensamento político clássico e da Idade Média, a relação Estado *versus* cidadão baseava em uma relação política desigual, na qual um dos sujeitos da relação estava acima, enquanto o outro estava abaixo. Assim era na relação governante (acima) em relação ao governado (abaixo). Do dominante em relação ao dominado. Do príncipe em relação ao povo. Do soberano em relação aos súditos. Do Estado em relação aos cidadãos. Nos termos da linguagem política, a *potestas* vinha antes da *libertas*, no sentido de que a esfera de liberdade reservada aos

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking seriously**. London, 1977. *Apud* NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 34.

indivíduos era concedida magnanimamente pelos detentores do poder⁶⁷. Autores como Norberto Bobbio metaforicamente visualizavam essa situação de submissão do cidadão como a necessidade dos indivíduos obedecerem o governante para que a “nave não fosse à pique”⁶⁸.

Contudo, com a implementação do regime dos direitos fundamentais, esta relação muda de figura, deixando de ser de sujeição e passando a ser de paridade. Daí afirmar-se que um dos fundamentos do pensamento político da Idade Moderna passa a ser o da supremacia da lei e garantia do princípio da igualdade entendido como igual submetimento de todos a mesma lei⁶⁹.

Mas os direitos fundamentais não apresentam tão somente importância histórica e política. Apresentam também uma importância jurídica.

1.2.6 A mudança no modelo jurídico

Incontestavelmente, o tema relacionado aos direitos fundamentais permeia os mais variados campos do conhecimento, tais como a Filosofia do Direito, a Teoria do Estado, o Direito Internacional e, evidentemente, o Direito Constitucional⁷⁰. E isto não surpreende, porque, de fato, a doutrina dos direitos fundamentais tem profundas raízes filosóficas⁷¹, envolve sempre conotações políticas⁷² e está no cerne do novo

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos** ..., p. 116.

⁶⁸ Eis o pensamento de Norberto Bobbio:

“Se o governante é o pastor, os governados são o rebanho. Se o governante é o timoneiro, o povo é a chusma que deve obedecer, e que, se não obedece e se rebela, acreditando poder dispensar a experiente direção do comandante, faz com que a nave vá a pique.” (*in A era dos Direitos* ..., p. 116.)

⁶⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **La Constitución de los modernos**. Trad.: Manuel Martinez Neira. Madri: Trotta, 2001. p. 132.

⁷⁰ Segundo Norberto Bobbio:

“São várias as perspectivas que se podem assumir para tratar do tema dos direitos do homem. Indico algumas delas: filosófica, histórica, ética, jurídica, política. cada uma dessas perspectivas liga-se a todas as outras, mas pode também ser assumida separadamente.” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** ..., p. 50.)

⁷¹ Para Jorge Miranda:

direito internacional que não ignora os indivíduos⁷³. Daí porque não surpreende que o surgimento dos direitos fundamentais tenha provocado significativas mudanças também nos sistemas jurídicos que os incorporaram. Destaque-se uma importante mudança: a força aglutinadora dos direitos fundamentais.

Até a positivação e o reconhecimento dos direitos fundamentais, os sistemas jurídicos encontravam-se, por assim dizer, desintegrados. Existiam várias regras que regulamentavam a conduta humana, mas nenhuma delas apresentava força aglutinadora capaz de gerar o consenso necessário para estabelecer limites à atuação do Estado e de terceiros na esfera de liberdade do cidadão.

Verificava-se aí, segundo Pérez-Luño, a existência de áreas e níveis jurídicos sobrepostos, inter-relacionados de forma assimétrica e assistemática, a partir de múltiplas redes de juridicidade⁷⁴.

Isso sem dúvida provocava certa desintegração do sistema, pois a interpretação das leis ordinárias não obrigava à obediência à Constituição.

Contudo, com a promulgação dos direitos fundamentais recupera-se um campo aglutinador do sistema, até porque estes (os direitos fundamentais), passaram a representar as decisões básicas do constituinte através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançavam expressão jurídica.

Já que os direitos fundamentais assinalavam o horizonte de metas sócio-políticas a alcançar e, ao mesmo tempo, estabeleceriam a posição jurídica dos

“os pressupostos filosóficos são inelimináveis em qualquer posição relativa aos direitos fundamentais – assim como, reciprocamente, não se enxerga sistema filosófico que não encare, directa ou indirectamente, a pessoa, o seu valor e a sua circunstância.” (MIRANDA, Jorge. **Manual** ..., p. 37)

⁷² Segundo Jorge Miranda:

“A evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de retracção ou de obnubilação, acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos (...)” (Jorge MIRANDA. *Ibid.*, p. 25.)

⁷³ FERREIRA Fº., Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 279.

⁷⁴ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Estado constitucional y generaciones de derechos humanos. *In Liber Amicorum – Héctor Fix-Zamudio*. Org.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apres.: César Gaviria. Vol. II. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998. p. 1245.

cidadãos em suas relações com o Estado e entre si⁷⁵, não se admitia mais que o sistema jurídico fosse interpretado de forma assistemática e desintegrada.

Daí porque com eles promove-se verdadeiro esforço hermenêutico no sentido de provocar uma interpretação sistemática do direito, entendendo-se que os direitos fundamentais deveriam ser considerados como verdadeiros pilares de sustentação desse sistema e, por tal motivo, vetores de interpretação de todas as normas jurídicas⁷⁶. Em decorrência disso, o sistema ganha coerência e força concretizadora, deixando de ser um apanhado de normas, para passar a ser um sistema integrado de normas jurídicas⁷⁷.

Assim passa-se a interpretar o sistema jurídico como um sistema integrado pelo qual a Constituição exerce primazia sobre as demais leis⁷⁸, vinculando-as, e neste sistema integrado, tendo em vista que os direitos fundamentais fazem parte do

⁷⁵ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 310.

⁷⁶ Carl Schmitt apresenta qual seria a significação histórica e jurídica das declarações solenes de direitos fundamentais:

“II. *Significación histórica y jurídica de la Declaración solemne de derechos fundamentales.* La Declaración solemne de derechos fundamentales significa el establecimiento de principios sobre los cuales se apoya la unidad política de un pueblo y cuya vigencia se reconoce como el supuesto más importante del surgimiento y formación incesante de esa unidad; el supuesto que – según la expresión de Rodolfo Smend – da lugar a la *integración* de la unidad estatal.” (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución** ..., p. 188.)

⁷⁷ Até porque, como relembra Jorge Miranda, não se poderia compreender o Direito como mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si, mas sim, como o ordenamento ou conjunto significativo com coerência e, principalmente, consistência, onde unidade de sentido é valor incorporado em regra. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 198.)

⁷⁸ Esclarecedora a referência de Gustavo Zagrebelsky para quem:

“Las categorías del derecho constitucional, para poder servir como criterio de la acción o de juicio para las praxis, deben encontrar una combinación que ya no deriva del dato indiscutible de un <<centro>> de ordenación. Por usar una imagen, el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales. Las sociedades pluralistas actuales –es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado-, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado-, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Trad.: Marina Gascón. 7 ed. Madri: Editorial Trotta, 2007. p.13.)

conteúdo mais importante do texto constitucional, interpretam-se todas as normas infraconstitucionais, e até a própria Constituição, a partir dos direitos fundamentais⁷⁹, o que, sem dúvida, é um avanço.

Todos esses fatores acima alinhavados bem demonstram a qualificada força dos direitos fundamentais.

Apresentadas algumas das características dos direitos fundamentais que demonstram sua importância para o sistema jurídico moderno, convém agora apontar de forma mais aprofundada como essa importância influenciou o ordenamento jurídico brasileiro.

1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

⁷⁹ Para Pérez-Luño os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Já que os direitos fundamentais assinalam o horizonte de metas sócio-políticas a alcançar, ao tempo que estabelece a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado e entre si. Esta peculiaridade dos direitos fundamentais incide em sua interpretação e exige que seu significado seja entendido unitariamente, quer dizer, como um sistema entre cujos elementos não podem existir antíteses ou contradições de orientação e sentido. Porém, ao mesmo tempo, dito sistema não forma um compartimento estanque dentro da Constituição, senão que forma parte integrante da ordem constitucional em seu conjunto e se faz ligado organicamente às restantes normas constitucionais. De outro lado, para cumprir suas funções os direitos fundamentais estão dotados de uma especial força expansiva, ou seja, de uma capacidade de projetar-se, através dos consequentes métodos ou técnicas, à interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico.

A função que corresponde aos direitos fundamentais de garantir a unidade do ordenamento em que nele, por sua vez, se integram, e de orientar seu desenvolvimento para os fins e valores que informam tais direitos, determina que o sistema de direitos e liberdades fundamentais opere como cânone para disciplinar juridicamente as diversas manifestações da vida do Estado e da sociedade. Daí que existam pressupostos peculiares que dão conotação a interpretação dos direitos fundamentais com traços distintivos. (**Derechos humanos ...**, p. 310.)

A chamada constitucionalização do direito⁸⁰ para alguns pode ser vista como um processo. É o processo de transformação de todo o ordenamento que faz com que o mesmo seja impregnado pelos valores contidos na Constituição. Nesse diapasão, um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida (persuasiva, invadente), capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos, bem como as relações sociais⁸¹⁻⁸².

Verifica-se então que a ideia de constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da

⁸⁰ A expressão “constitucionalização do ordenamento jurídico” não encontra um sentido unívoco e permanente na doutrina. Entretanto, das teorias mais conhecidas extrai-se que o efeito irradiante das normas constitucionais.

As duas correntes doutrinárias que se destacaram pelo seu pioneirismo no desenvolvimento do tema foram: a de Gunnar Folke Schuppert e Cristian Bumke, de um lado, e a de Louis Favoreu, de outro.

Para Gunnar Folke Schuppert e Cristian Bumke constitucionalização seria na verdade a irradiação das normas constitucionais e poderia ser vista como um processo identificado por cinco principais formas: i) a reforma legislativa; ii) o desenvolvimento jurídico por meio de criação de novos direitos individuais e de minorias; iii) a mudança de paradigma nos demais ramos do direito; iv) a irradiação do direito constitucional – efeitos nas relações privadas e deveres de proteção; v) a irradiação do direito constitucional – constitucionalização do direito por meio da jurisdição ordinária. (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 39.)

Por outro lado, para Louis Favoreu, resumidamente, o processo de constitucionalização poderia ser entendido como: i) constitucionalização-jurisdição que seria um processo de juridicização da própria constituição; ii) a constitucionalização-elevação que se caracterizaria por um “deslizamento” das matérias na repartição de competências entre a Constituição, a lei e o regulamento; e a iii) constitucionalização-transformação que se caracterizaria pela impregnação dos diversos ramos do direito pelas normas constitucionais e, ao mesmo tempo, sua transformação. (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 47-48.)

⁸¹ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico – el caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003. p. 49.

⁸² Entretanto, o mesmo autor italiano esclarece que esse conceito é muito mais sugestivo do que preciso. Assim, para definir-lhe de forma mais precisa, Guastini apresenta uma lista do que ele chama de “condições de constitucionalização”, afirmando que, quando todas estas condições encontram-se satisfeitas, o ordenamento jurídico em questão está completamente “impregnado” pelas normas constitucionais. Nesse diapasão Guastini aponta sete condições para o chamado processo de constitucionalização, sendo elas: i) existência de uma Constituição rígida; ii) a garantia jurisdicional da Constituição; iii) a força vinculante da Constituição; iv) a chamada “sobreinterpretação” da Constituição; v) a aplicação direta das normas constitucionais; vi) interpretação conforme das leis; vii) influência da Constituição sobre as relações políticas. (Op. cit., pp. 50-58.)

Alfonso García Figueroa é partidário da opinião de Guastini. Confira-se: FIGUEROA, Alfonso García. **La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo**. In CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid, Editorial Trotta, 2003. pp. 159-186.

Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Traz consigo a ideia de realização do chamado processo de “filtragem constitucional” pelo qual “todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e juridicidade constitucional”⁸³.

Daí porque é correto afirmar que “a partir da perspectiva da filtragem constitucional, surge a necessidade de se buscar uma inter-relação axiológica visando a unidade sistemática e a efetiva realização dos valores estabelecidos no *pacto fundador* diante do direito infraconstitucional”⁸⁴.

Mas por que seria necessário realizar esse processo de filtragem constitucional se a Constituição é o centro do ordenamento para o qual tudo deve convergir, visualizando-a nas palavras de Zagrebelsky como o centro a se alcançar e o centro para se partir⁸⁵?

Um olhar sobre a história indica que ela nem sempre foi vista dessa maneira.

Recordando-se o que foi noticiado no item 1.2 do presente capítulo, o Estado de Direito foi criado como sustentáculo de amparo de ascensão de uma nova classe, a classe burguesa. Dirigido que era para a defesa dos interesses daquela classe, caracterizava-se por sua natureza eminentemente liberal⁸⁶. Para o liberalismo, era interessante que a Constituição garantisse o mínimo de intervenção estatal possível no campo da sociedade civil para que os negócios se desenvolvessem com maior facilidade⁸⁷⁻⁸⁸. Relegava-se à Constituição então o papel limitado de organizar o

⁸³ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 25.

⁸⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional** ..., p. 25.

⁸⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil** ..., p. 14.

⁸⁶ Os pressupostos teóricos desse regime consistiram, em uma última análise, numa multividência construída em torno do pressuposto de uma ideal separação entre o Estado e a Sociedade ou, mais especificamente, naquilo que seria designado como a ideologia das três separações: i) a separação entre política e economia, segundo a qual o Estado deve se limitar a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida econômica entregue a uma dinâmica de auto-regulamentação pelo mercado; ii) a separação entre o Estado e a moral, segundo a qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coação externa ou assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autônoma do indivíduo; iii) a separação entre o Estado e a sociedade civil, segundo a qual esta última é o local em que coexistem as esferas morais e econômicas dos indivíduos, relativamente às quais o Estado é mera referência comum tendo como única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas próprias regras. (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo** ..., pp. 51-52)

⁸⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional** ..., p. 45.

Estado⁸⁹, enquanto que ao direito privado restava a tarefa de regular as atividades privadas do cidadão. Segundo Gustav Radbruch o direito privado apresentava-se naquela época como o coração de todo o direito, enquanto que o direito público serviria apenas como uma estreita moldura protetora daquele ramo, moldura especialmente protetora da propriedade privada⁹⁰. Avultava nesse contexto a chamada dicotomia público-privado⁹¹.

Essa limitada tarefa imposta à Constituição provocou inevitavelmente o seu enfraquecimento.

Essa situação entretanto se modifica com a falência do modelo de Estado liberal e a implantação de um novo modelo de Estado, o modelo do *Welfare State*.

As experiências políticas que se sucederam à 1ª Guerra Mundial traduziram uma comum intenção de superar os pressupostos e as realizações do Estado liberal. Desenvolveu-se assim um novo modelo de Estado – configurado originariamente nas Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 e retomado

⁸⁸ Segundo Gianluigi Palombella:

“Na realidade, esse Estado é permeado de uma ideologia liberal por um lado e autoritária por um outro. Persiste a exigência tipicamente filosófica de que o Estado seja ‘mínimo’ quanto às suas tarefas, mas a ela se alia a exigência de que ele seja tutor de uma ordem social imóvel, disposta em torno de uma burguesia dominante, de uma casta fundamentalmente estática de notáveis e em continuidade com a herança oitocentista que, sobretudo no continente, atribui importância e papel central à estrutura militar de poder.” (PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. Trad.: Ivone C. Benedeti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 148.)

⁸⁹ Esta perspectiva limitada da Constituição é facilmente verificada no contexto histórico da Revolução Francesa de 1789. O Abade Sieyès, um dos expoentes e deputados da Assembleia Constituinte Francesa, em 22.7.1789, ao redigir o seu esboço de declaração, em sua exposição de motivos, entendia que o verdadeiro sentido da palavra Constituição era a de esta relacionar-se “ao conjunto e à separação dos poderes públicos” tão somente. (SIEYÉS, Abade. **Exposição refletida** ..., p. 67.)

⁹⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad.: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 184.

⁹¹ Verifica-se aqui o surgimento da denominada dicotomia público-privada que pode ser entendida como a divisão do ordenamento em dois grandes sistemas: o sistema do Direito Público e o sistema do Direito Privado. Norberto Bobbio afirma que grande parte desta divisão foi ocasionada pelo significado valorativo vinculado a utilização destas duas expressões que vinculava estas duas expressões a um sentido de contradição; de oposição de um ramo ao outro. (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade** ..., p. 20.)

Para um maior aprofundamento da discussão verificar o texto de Bobbio intitulado “A grande dicotomia: público/privado”, inserto no livro **Estado, governo, sociedade** ..., pp.13-32.

posteriormente em várias constituições do segundo pós-guerra o chamado “Estado social”⁹².

Assim, como a “Constituição do Estado não é (...) processo, mas produto”⁹³, sendo “uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida”⁹⁴, à Constituição não caberia mais tão somente delimitar as regras de atividade e funcionamento do Estado. A ela cabia mais. Cabia o dever de regulamentar toda a atividade social, econômica e jurídica⁹⁵.

Apesar da certa reticência inicial, essa nova forma de visualizar a Constituição ganhou corpo sendo que atualmente não se admite mais o reconhecimento formal da Constituição, se não que reconhecer-lhe suas qualidades materiais ou substanciais, ou seja, a tipologia de suas normas, as quais fazem dela um texto quase onipresente em toda operação de criação e de aplicação do Direito, pois oferece um denso conteúdo material composto de valores, princípios, direitos fundamentais, diretrizes aos poderes públicos, dentre outros⁹⁶.

Ao reconhecer-se essa nova face à Constituição e entendendo-a como a portadora dos valores mais caros da sociedade, passa-se a buscar a necessária aplicabilidade daquela norma nos demais ramos do direito. Surge, daí, a

⁹² NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo ...**, p. 189.

⁹³ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad.: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968. p. 296.

⁹⁴ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Idem.

⁹⁵ Segundo Canotilho e Vital Moreira:

“Está hoje definitivamente superada a ideia da Constituição como um simples concentrado de princípios *políticos*, cuja eficácia era a de simples *directivas* que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. Não se questiona, pois, a juridicidade, vinculatividade e actualidade das normas constitucionais.

(...)

Também está em crise a concepção clássica de Constituição que restringe a sua função à limitação do poder e à garantia das liberdades políticas. O texto constitucional não pode nem deve ser considerado como simples estatuto jurídico de repartição do poder do Estado e de garantia dos direitos e liberdades. A força normativa da Constituição expande-se até os terrenos da ordem econômica e social. Mesmo nos domínios em que a Constituição tradicionalmente não penetrava ou em relação aos quais costumava ser olhada apenas como ‘mensagem’ ou ‘utopia’, reconhece-se hoje a força conformadora das normas constitucionais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 43.)

⁹⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 127.

necessidade da “filtragem constitucional” ou da “constitucionalização do direito”. E essa constitucionalização do direito alcança o Direito Privado.

1.3.1 A constitucionalização do Direito Privado⁹⁷

Se sob uma perspectiva liberal o direito privado exerceu uma função central na vida dos indivíduos, no atual estágio da discussão ele cede espaço para a Constituição⁹⁸.

Como se viu no item anterior, na transição do Estado liberal para o Estado social, a Constituição passou a ser vista com fonte que exerce influência, tanto direta, através de normas operativas, quanto indireta, por meio de princípios gerais, no Direito⁹⁹.

⁹⁷ A literatura sobre o tema é vasta. Para um maior aprofundamento do estudo, além das obras citadas no corpo do trabalho, ainda é possível consultar: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad.: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimp. de 2003. Coimbra: Almedina, 2006; PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil** – uma introdução ao Direito Civil-Constitucional. Trad.: Maria Cristina de Cicco. São Paulo: Renovar, 1999; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros editores, 2004. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. in **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e atual. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 13-62; FACHIN, Luiz Edson. LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. pp. 42-67; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil** (imobiliário, agrário e empresarial). São Paulo, n. 65, pp. 21-32, jul./set. 1993; LOBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. Brasília, **Revista de informação legislativa**. vol. 36, n. 141 jan./mar. 1999; FACHIN, Luiz Edson. A reconstitucionalização do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. **Revista jurídica**, v. 52, n. 324, p. 16-19, 2004; FAVOREAU, Louis. La constitucionalización del derecho. Artigo publicado originalmente nos estudos em homenagem a Roland Drago. **La unidad del derecho**. Paris: Economica, 1996, pp. 25 y siguientes. Acessível em: <http://www.droitconstitutionnel.com/article11.html> Capturado em 02.10.2007; TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil. Rio de Janeiro, **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5, 2003-2004, pp. 167-175; TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: renovar, 2004; TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. in **Problemas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 1 e ss.; dentre outros.

⁹⁸ A bem da verdade, tecnicamente é mais adequado afirmar que o Código Civil e a Constituição encontram-se numa situação de intercâmbio. Os dois grandes sistemas intercalam-se e influenciam-se mutuamente. Nesse sentido Gustav Radbruch:

“Numa ordenação social do direito não se encontram, por isso, o direito público e o privado lado a lado, separados por nítidos limites, mas antes em situação de deslocamento recíproco.” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad.: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 187.)

Esse novo modo de leitura do ordenamento fez com que a Constituição assumisse claramente o seu papel, o papel de *lex superior*, de uma verdadeira lei, e de uma lei fundamental no sentido exato do termo¹⁰⁰. A necessidade de observância do caráter normativo da Constituição exprime na realidade a consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, pois a Constituição passa a ser vista como a base única dos princípios informadores e fundamentais do ordenamento jurídico¹⁰¹⁻¹⁰². Aliás, isso não poderia ser diferente pois a Constituição ocupa o “cimo da escala hierárquica no ordenamento jurídico”¹⁰³ o que quer dizer que, por um lado, ela não pode ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior a ela e, por outro lado, que todas as outras normas hão de se conformar com ela.

Dito isso, se infere que a constitucionalização do direito atingiu o direito civil, tornando-se imprescindível uma releitura do sistema de direito privado à luz dos valores constitucionais.

A constitucionalização do direito privado importou nessa medida na visualização da Constituição como um dos fundamentos de validade jurídica das normas civis.

Isso provocou toda uma revisão conceitual, da natureza, e das finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, que não foram mais vistos a partir do paradigma do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, mas sim sob o prisma da proteção da pessoa.

⁹⁹ LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad.: Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 252.

¹⁰⁰ RIBEIRO, Joaquim de Souza. Constitucionalização do direito civil. in **Direito dos contratos**. Estudos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 10.

¹⁰¹ LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado** ..., p. 252.

¹⁰² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. São Paulo: Renovar, 2008. p. 577.

“O Estado moderno deve exprimir a exigência da concretização do ordenamento na sua globalidade. (...)

A constitucionalização do direito representa não somente uma exigência de unidade do sistema e do respeito a hierarquia das fontes, mas também o caminho para obviar o risco das degenerações do Estado de direito formal.”

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição** ..., p. 45.

Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, direcionaram à realização do direito civil, em seus variados planos. Daí porque quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior à ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição. Em nenhuma hipótese, deverá ser adotada a disfarçada resistência conservadora, na conduta freqüente de se ler a Constituição a partir do Código Civil.

Outrossim, passa-se a se ver o direito civil de maneira adjetivada. Um direito civil constitucionalizado, socializado, despatrimonializado¹⁰⁴, o que indica que o mesmo está em sintonia direta com os valores expressos na Constituição.

1.3.2 Avanços e retrocessos do processo de constitucionalização do Direito Privado

Toda mudança, como o próprio sentido etimológico da palavra já indica, provoca modificações no ambiente afetado. As modificações podem ser benéficas ou maléficas. Úteis ou inúteis. Válidas ou inválidas. Toda essa valoração depende, é claro, da percepção do indivíduo afetado. Com o processo de constitucionalização isso não foi diferente. Algumas mudanças provocadas no ordenamento jurídico brasileiro foram vistas como avanços pela maioria esmagadora da doutrina, mas não pode deixar de se mencionar que existiram aqueles (talvez mais corajosos por ir contra o que a maioria dos estudiosos pensavam) que tiveram o cuidado de apontar o perigo de alguns retrocessos advindos do processo de constitucionalização do direito. Dada a peculiaridade e a importância tanto dos avanços, quanto dos possíveis retrocessos, reputa-se adequado realizar-se análise destes “dois lados da moeda”¹⁰⁵.

Primeiramente, analisem-se os avanços.

¹⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1. n. 2. abr./jun.2006. p. 52.

¹⁰⁵ Expressão de Daniel Sarmiento em: Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1. n. 2. Abr./jun. 2006.

Os avanços inegavelmente foram muitos. Dentre eles, destacam-se aqueles efetivados no campo legislativo como decorrência lógica dos comandos constitucionais. Nesse diapasão verifica-se o aparecimento de tutela protetiva do consumidor (Código de Defesa do Consumidor), da tutela protetiva da criança (Estatuto da Criança e do Adolescente) e da tutela protetiva do idoso (Estatuto do Idoso). Da mesma forma, a proteção conferida à unidade familiar instituída por meio da Lei n. 8.009/1990 que vedou a possibilidade de penhora do único bem de família.

No campo jurisdicional, a situação não foi diferente. Verificou-se uma tutela cada vez mais eficaz no campo dos contratos, bem como a proteção da personalidade do indivíduo com o destaque para a impossibilidade da prisão civil do indivíduo por dívidas¹⁰⁶.

Não fosse isso, verificaram-se relevantes avanços no campo da dogmática jurídica. Nesse sentido, gradualmente passou-se a aceitar que institutos jurídicos que até então se mostravam *intocáveis*, pudessem ser *funcionalizados* em face dos valores extraídos da Constituição. Isso aconteceu com a propriedade¹⁰⁷, com o contrato¹⁰⁸, com a posse, os quais deixaram de ser lidos a partir de uma ótica estritamente privatista e individualista, para serem lidos a partir de uma perspectiva

¹⁰⁶ Após muita controvérsia e os tribunais ordinários brasileiros terem, logo após o advento da Constituição Federal de 1998, defendido a inadmissibilidade da prisão civil por dívidas, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário n. 466.343 em 03.12.2008, assentou ser impossível a prisão civil por dívida decorrente de contrato de alienação fiduciária.

¹⁰⁷ Refere-se aqui a necessidade da propriedade atender a sua função social.

¹⁰⁸ Exemplo disso é a mitigação do princípio da autonomia da vontade. Como se sabe, para tal princípio a vontade humana no contexto do Estado de Direito liberal era concebida como a “todo poderosa” não reconhecendo maiores limitações que não aquelas mínimas para a convivência harmônica em sociedade (ordem pública e bons costumes). Assim, aos cidadãos era permitido tudo aquilo que não fosse proibido. Cada indivíduo tinha a faculdade de criar, por um ato de sua livre vontade, uma determinada situação jurídica, que o Direito Objetivo estava obrigado a respeitar. Qualquer situação jurídica só poderia ser modificada por vontade expressa de seu titular. Assim, “o contrato é sempre justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes.” (BESSONE, Darcy. **Do contrato**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 25) Presumia-se o equilíbrio das prestações e a idéia de igualdade formal. Já numa perspectiva civil-constitucional ou funcionalizada “o contrato tem de ser entendido não apenas como as pretensões individuais dos contratantes, mas como verdadeiro instrumento de convívio social e de preservações de interesses da coletividade onde se encontra a sua razão de ser e de onde extrai sua força. Não basta que o contrato faça circular riquezas entre os contratantes, pois somente cumprirá sua função social, o contrato que além de ser útil, seja também e principalmente, justo.” (NERY JR., Nelson. Contratos no novo Código Civil. in **Comentários ao novo Código Civil** – estudos em homenagem a Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 427.)

social e funcionalizada (em função da pessoa humana e de outros valores insertos na Constituição).

Contudo, se todos estes avanços foram verificados, por certo retrocessos também foram sentidos. Nas palavras de Daniel Sarmento o processo de constitucionalização representou uma vitória sim, “mas não uma vitória sem custos.”¹⁰⁹

Apresentem-se alguns exemplos dos *custos* impostos pelo processo de constitucionalização do direito.

Um exemplo pode ser encontrado no âmbito do Direito de Família, mais especificamente no tratamento da chamada união estável. Ao se analisar esse instituto, verifica-se, sem muitas dificuldades, que antes do advento da Constituição Federal de 1988 doutrina e jurisprudência, após muito esforço, haviam conseguido obter o reconhecimento de que a união estável e duradoura entre duas pessoas equivaleria ao casamento. Quando essa situação já estava quase sedimentada, com o pleno reconhecimento de todos os efeitos da união estável, advém o parágrafo 3º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988 e reascende a discussão. Passou-se a questionar se a aplicabilidade daquela norma era imediata ou não. Da mesma forma, se o comando constitucional se dirigia somente às relações heterossexuais ou poderia também abranger às homossexuais. Após muita discussão, a primeira questão foi resolvida por meio de lei regulamentadora (Lei 9.278, de 10 de maio de 1996), sendo que a segunda ainda espera resposta da doutrina e da jurisprudência.

Deixando a área de família, outro problema apontado pela doutrina foi o surgimento do fenômeno denominado ubiquidade constitucional.

Os dicionários conceituam o verbete ubiquidade como a condição de estar em toda parte ao mesmo tempo; de ser onipresente. O termo é muito utilizado pela religião para designar a capacidade dos Deuses de estar em todos os lugares ao mesmo tempo.

Transportando o sentido etimológico para o campo jurídico, verifica-se que o termo ubiquidade constitucional revela verdadeira crítica à ideia de que a Constituição se faça onipresente. A preocupação de parte da doutrina com relação a

¹⁰⁹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1. n. 2. Abr./jun. 2006. p. 85.

ubiquidade constitucional é a de que, ao se exigir da Constituição resposta para tudo, provavelmente se verifique que existirão situações que não poderão ser respondidas pela Constituição, o que, sem sombra de dúvidas poderá provocar o seu enfraquecimento¹¹⁰. Não fosse isso, tem-se também o receio de esvaziar-se os demais campos do direito, principalmente, a legislação ordinária, caso se adote a iniciativa de se impor à Constituição a tarefa de dar resposta para todas as situações jurídicas¹¹¹. Além disso, como assinala Ernest-Wolfgang Bockenforde ao se pensar que a Constituição apresenta *todas* as respostas possíveis para *todos* os problemas enfrentados pela sociedade, possivelmente se chegará ao resultado não desejável de que o Estado se converta em uma imensa jurisdição constitucional deixando a Constituição de ser um “marco fundamental” para se converter em “uma ordem jurídica fundamental do ente social”¹¹².

Além dos receios anteriormente mencionados há ainda a preocupação da doutrina acerca de uma possível subconstitucionalização ou de uma sobreconstitucionalização do direito advinda de um processo defeituoso do processo de constitucionalização¹¹³.

Além destes receios, Rodolfo Luis Vigo, Ministro aposentado da Corte Suprema da Província de Santa Fé (Argentina), Catedrático de Filosofia do Direito na Universidad Nacional del Litoral (Santa Fé, Argentina), informa que outros perigos se originariam do processo de constitucionalização, dentre os quais poderia se

¹¹⁰ Essa preocupação é sentida na fina ironia da acusação de Forsthoff de que a Constituição “um ovo jurídico originário”.

¹¹¹ O esvaziamento da legislação ordinária apontaria para outro problema da constitucionalização do direito (ou mais propriamente, de uma constitucionalização do direito sem a observância de um rigor metodológico), qual seja, o enfraquecimento da democracia. O enfraquecimento da democracia se verificaria pelo fato de que ao se constitucionalizar uma decisão retiraria-se esta do alcance das maiorias. Assim, se tudo estiver constitucionalizado, o povo, por meio de seus representantes legais, não poderia mais decidir coisa alguma. Nesses termos, a “constitucionalização do Direito em excesso pode (...) [se mostrar] antidemocrática, por subtrair do povo o direito de decidir sobre a sua vida coletiva”. (SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional ..., p. 85.)

¹¹² ALEXY, Robert. **Tres escritos** ..., pp. 50-51.

¹¹³ Deve-se destacar no entanto que Robert Alexy para evitar esses dois fenômenos bastaria realizar-se uma constitucionalização “adequada” que para o autor seria obtida por meio uma “dogmática de espaços” a qual descansaria em “duas colunas”, a primeira formando “os espaços estruturais que expressam a limitação do conteúdo material da constituição, a segunda, os espaços epistêmicos, pelos quais é transferida, em extensão limitada, jurisdição constitucional material aos tribunais especializados.” (ALEXY, ROBERT. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada ..., p. 92.)

destacar: o perigo de se instalar um novo iuspositivismo ideológico constitucional¹¹⁴; a provável desnormatização do direito¹¹⁵; uma hipermoralização do direito¹¹⁶; a renúncia ao silogismo dedutivo judicial¹¹⁷; a renúncia da ciência jurídica¹¹⁸; a perda da segurança jurídica¹¹⁹; o transformar a jurisprudência em única fonte do direito¹²⁰; a supressão ou o enfraquecimento do Estado¹²¹; a absorção do direito de toda a ética social¹²²; o hiper-realismo jurídico¹²³; o direito assistemático ou aporético¹²⁴; a concretização inconstitucional de reformas” constitucionais¹²⁵; a politização do Poder Judiciário¹²⁶; o Poder Judiciário como Poder Administrador¹²⁷; e, finalmente, o etnocentrismo cultural¹²⁸.

Como se vê, os avanços e retrocessos foram muitos, não se olvidando que a questão ainda encontra-se aberta.

2 O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 NOÇÃO DE REGIME JURÍDICO

¹¹⁴ VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalização e Neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Mar/2008. Vol. 3. n.1. pp. 13-14.

¹¹⁵ Idem. p 14.

¹¹⁶ Idem. pp. 15-17

¹¹⁷ Idem. pp. 17-18.

¹¹⁸ Idem. pp. 18-19.

¹¹⁹ Idem. pp. 19-21.

¹²⁰ Idem. pp. 21-22.

¹²¹ Idem. pp. 22-23.

¹²² Idem. pp. 23-24.

¹²³ Idem. pp. 24-25.

¹²⁴ Idem. pp. 25-26.

¹²⁵ Idem. pp. 26-27.

¹²⁶ Idem. p. 27.

¹²⁷ Idem. pp. 27-28

¹²⁸ Idem. p. 28.

Regime jurídico pode ser visto como uma concepção normativa unitária de tratamento dos institutos de Direito. Nesse sentido, por regime jurídico pode se entender o tratamento unitário e sistemático que as normas jurídicas impõem a determinados institutos. Por isso fala-se do regime jurídico da propriedade, regime jurídico da família, regime jurídico dos contratos, regime jurídico administrativo, dentre outros¹²⁹.

Relacionado ao objeto dessa primeira parte do estudo (direitos fundamentais), o regime jurídico designa a forma de tratamento que a dogmática constitucional brasileira atribui aos direitos fundamentais, destacando-se a sua importância para o ordenamento brasileiro, os seus limites, a sua aplicabilidade, o âmbito de proteção fornecido e assim por diante. Todas essas questões dizem respeito ao regime jurídico dos direitos fundamentais.

Dessa forma, faz-se imprescindível analisar como a Constituição Brasileira de 1988 trata os direitos fundamentais no quadro de sua normatividade.

¹²⁹ Esta noção de regime coincide com a noção apresentada por Celso Antonio Bandeira de Mello para qualificar o regime jurídico do Direito Administrativo. Eis o conceito de regime jurídico para mencionado autor:

“(...) No mundo físico, o sistema planetário, se rege por leis ou princípios da mais ampla generalidade, como a lei da gravitação dos corpos. Outras leis, mais específicas e particularizadas, mas sempre em conexão com as anteriores, explicam diversas espécies de fenômenos que se articulam em um complexo.

Também ante o Direito, em geral, e no Direito Administrativo em particular, se reconhece situação análoga. Algumas noções ou princípios são categorias em relação a outros, de significado mais restrito, porque abrangentes de alguns institutos apenas. Estes, a seu turno, desempenham função categorial relativamente a outros mais particularizados que os anteriores. Assim se processa uma cadeia descendente de princípios e categorias até os níveis mais específicos. Alguns alicerçam todo o sistema; outros, destes derivados, dizem respeito ora a uns, ora a outros institutos, interligando-se todos, não só em plano vertical, como horizontal, formando uma unidade, um complexo lógico, a que chamamos *regime* (...).

Obviamente, cada um dos vários institutos de uma disciplina jurídica guarda suas características próprias concernentes à gama de subprincípios que o regulam, sem prejuízo de receber automática influência e aplicação dos princípios mais genéricos que o envolvem e interpenetram, pois dentro deles se acha imerso.

O sistema de uma disciplina jurídica, seu regime, portanto, constitui-se do conjunto de princípios que lhe dá especificidade em relação ao regime de outras disciplinas. Por conseguinte, todos os institutos que abarca – à moda do sistema solar dentro do planetário – articulam-se, gravitam, equilibram-se, em função da racionalidade própria deste sistema específico, segundo as peculiaridades que delineiam o regime (...), dando-lhe tipicidade em relação a outros.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. pp. 62-63.) (grifo em itálico no original)

2.2 O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA BRASILEIRO

Inicialmente, convém advertir que levando-se em conta que a pretensão deste trabalho é discutir especificamente o direito fundamental à intimidade, não se destinando a explorar inteiramente a problemática jurídica relacionada à teoria geral dos direitos fundamentais, a apresentação do regime jurídico desses direitos no sistema brasileiro se dirigirá tão-somente aos aspectos mais importantes e conexos ao tema e, não, a todos os componentes que integram o regime jurídico dos direitos fundamentais. Nesse diapasão, o primeiro ponto a ser explorado será o da abertura e flexibilidade do regime jurídico dos direitos fundamentais.

2.2.1 Abertura e flexibilidade

Não é nenhuma novidade que a palavra Constituição abrange toda uma série de significados, desde o mais amplo possível – a Constituição em sentido etimológico, ou seja, relativo ao modo de ser das coisas, sua essência e qualidade – até aquele em que a expressão é delimitada pelo adjetivo que a qualifica, a saber, a Constituição Política, isto é, a Constituição do Estado¹³⁰.

Independentemente da divergência de significados, o certo é que, atualmente, entende-se que a Constituição é a primeira das normas do ordenamento; a norma fundamental; a *lex superior*.¹³¹ Por ser a norma fundamental, reflete os desígnios da unidade política a ela subjacente, ou seja, reflete o conjunto de normas jurídicas superiores, elaboradas pelo poder constituinte originário, cuja titularidade pertence ao povo e que tem por objeto não apenas a disciplina do poder, através da criação e regulamentação dos poderes constituídos mas, também, o estabelecimento de garantias e direitos fundamentais individuais e coletivos.

Se a Constituição é portadora de valores tão caros à sociedade e tais valores mudam com altíssima velocidade na medida em que a sociedade se transforma, a

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 63.

¹³¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y El Tribunal Constitucional**. Madri: Civitas, 1986. p. 49.

Constituição, cuja pretensão é a de ser uma norma duradoura¹³², social e juridicamente eficaz, deve conter mecanismos para acompanhar a evolução do seu tempo¹³³. Dessa assertiva extrai-se que o texto Constitucional não está pronto e acabado, mas em vias de ser construído, de maneira que a interação do texto com a realidade deve ser total¹³⁴. Como acuradamente constatou Schier:

tal abertura, possibilita vislumbrar o Direito como um sistema dinâmico, em constante evolução e construção, em constante diálogo com as realidades social, econômica e jurídica, capacitando a sua atualização mediante certa aprendizagem dos dados jurídicos com os históricos (e vice-versa).¹³⁵

Assim, para que a Constituição mantenha a durabilidade desejada ela deve apresentar uma *porta de entrada* permanentemente aberta para o acolhimento de outros direitos decorrentes de novas aspirações da sociedade¹³⁶. Segundo Jorge Miranda: “não se depara, pois, no texto constitucional [com] um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração (...) é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento.”¹³⁷⁻¹³⁸⁻¹³⁹

¹³² Relembre-se a lição de Konrad Hesse de que um dos pressupostos da “Força Normativa” da Constituição é “corresponder à natureza singular do presente”. in **Força normativa da Constituição** (*Die Normative Kraft Der Verfassung*). Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 20.

Nas palavras do mesmo Hesse, “(...) constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo.” (Id.)

¹³³ Analogamente, a necessidade de abertura da Constituição e dos direitos fundamentais muito se assemelha a necessidade de abertura da Ciência do Direito ao sistema de proposições doutrinárias, haja vista que “a abertura do sistema significa a *incompleteude e a provisoriedade do conhecimento científico*” pois “cada sistema científico é (...) tão só um projeto de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introd. e trad. A. Menezes Cordeiro. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002. p. 106.) (grifos em itálico no original)

¹³⁴ MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição** ..., pp. 60-61.

¹³⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional** ..., p.90

¹³⁶ Até porque, o contrário conduziria a admitir que o legislador constituinte se apresentaria como o único capaz de declarar o que seriam direitos fundamentais, incorrendo-se então no inadmissível reconhecimento de que acaso estes (os constituintes) pecassem por omissão ou esquecimento, a pessoa afetada ficaria desprovida do direito omitido. (PEREZ, Jesus Gonzalez. **La dignidad de la persona**. Madri: Editorial Civitas S.A., 1986. pp. 57-58.)

¹³⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual** ..., Tomo IV. p. 152.

No caso da Constituição Federal de 1988, a abertura e a flexibilidade deu-se através da regra prevista no artigo 5º, §2º, que, seguindo a tradição constitucional republicana, traduziu o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), admitiu a existência de um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo e sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constante no catálogo¹⁴⁰. Nesse contexto, a doutrina não titubeia em reconhecer que o rol do artigo 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo. Está-se diante da adoção do denominado princípio da não-tipicidade¹⁴¹. Esta abertura contribui enormemente para evitar um indesejável engessamento ou petrificação dos direitos fundamentais¹⁴². Destaque-se que a abertura conferida pelo artigo 5º da Constituição admite igualmente a incorporação de direitos fundamentais previstos em tratados internacionais de que o Brasil seja signatário¹⁴³.

¹³⁸ No mesmo sentido Nabais para quem: “(...) Não obstante o carácter exaustivo do catálogo constitucional, o sistema português de direitos fundamentais é um *sistema aberto*, um sistema que não se deseja acabado de maneira positivista.” (NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade** estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 64.)

¹³⁹ Reconhecendo igualmente a necessidade de abertura: Canotilho e Moreira *in* **Fundamentos da Constituição**. p. 116; Carlos Roberto Siqueira de Castro, **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 28 e ss.; Gregorio PECES-BARBA Martínez, **Curso ...**, pp. 381-390; José Carlos Vieira de Andrade, **Os direitos fundamentais ...**, p. 69; Paulo Ricardo Schier, **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. Transcrição da palestra proferida na I Jornada de Direito Constitucional da UniBrasil, em outubro de 2004; também Schier em **Novos desafios da filtragem constitucional em tempos de neoconstitucionalismo**.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais ...**, pp. 92-93.

¹⁴¹ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais** (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 89.

¹⁴² *Ibid.*, p. 66.

¹⁴³ Nesse sentido Flávia Piovesan:

“Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição ‘não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.

2.2.2 Fundamentalidade formal e material

Mas se a abertura da Constituição proporciona a entrada de novos direitos fundamentais, é admissível e até saudável preocupar-se com a identificação dos verdadeiros direitos fundamentais¹⁴⁴.

Ao investigar e refletir sobre a diferença entre norma de direito fundamental e disposição de direito fundamental na Constituição alemã¹⁴⁵ Robert Alexy faz uma provocação pertinente: “o que faz com que um enunciado da Constituição alemã seja uma disposição de direito fundamental?”¹⁴⁶

O autor alemão informa que a resposta para essa indagação poderia se basear na análise da funcionalidade desses direitos, funcionalidade esta que se basearia em aspectos materiais, estruturais e/ou formais¹⁴⁷.

Na trilha do pensamento de Alexy, José Joaquim Gomes Canotilho propõe uma possível solução para o problema de identificação de direitos fundamentais. Para ele é importante distinguir a categoria da fundamentalidade desses direitos, pois a fundamentalidade aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos

Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender os direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.” (PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. *In O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. Coords.: Luiz Flávio Gomes e Flávio Piovesan. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 160.)

¹⁴⁴ Como destaca com acuidade José Casalta Nabais o caráter aberto do catálogo jusfundamental pode apresentar não só benefícios, mas também malefícios, malefícios que segundo o autor português residiriam na possibilidade de alargar-se demasiadamente o horizonte dos direitos fundamentais, levando a uma “panjusfundamentalização”, “panjusfundamentalização” esta que mais enfraquece do que fortalece os direitos fundamentais. (NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade** ..., p. 110.)

¹⁴⁵ Robert Alexy entende que haveria diferença entre *disposições de direitos fundamentais* e *normas de direitos fundamentais*. As primeiras seriam aquelas contidas nas disposições dos arts. 1º a 19 da Constituição alemã, bem como as disposições garantidoras de direitos individuais dos arts. 20, §4º, 33, 38, 101, 103 e 104, sendo que as segundas seriam as normas diretamente expressas por essas disposições. (*In Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Maleiros, 2008. pp. 68-69.)

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria** ..., p. 66.

¹⁴⁷ *In Teoria* ..., p. 66.

fundamentais. Essa especial proteção conferida a tais direitos se daria em dois sentidos: o formal e o material¹⁴⁸.

A fundamentalidade formal indica que somente será direito fundamental aquele direito que pertença a um determinado catálogo de direitos incluído na Constituição¹⁴⁹.

A definição formal se passa na maneira em que está disposta a normatividade de direito positivo dos direitos fundamentais. Segundo sua variante mais simples, os direitos fundamentais são todos os direitos catalogados expressamente como tais pela própria Constituição. Geralmente isso ocorre quando os direitos fundamentais aparecem compilados em um único catálogo¹⁵⁰.

Essa concepção apresenta a vantagem de ser simples. Não obstante essa qualidade, sua desvantagem reside no fato de que esse critério de identificação de direitos fundamentais tende a excluir direitos fundamentais que não estão incluídos no catálogo de direitos fundamentais da Constituição¹⁵¹⁻¹⁵².

¹⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** ..., p. 378.

¹⁴⁹ Canotilho entende que a fundamentalidade formal, geralmente, está associada à constitucionalização, e apresenta quatro dimensões relevantes, a saber: i) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; ii) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; iii) como normas incorporadoras de direitos fundamentais, passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; iv) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituindo parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e judiciais. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** ..., p. 379)

¹⁵⁰ O catálogo de direitos fundamentais que abrange os direitos fundamentais em seu caráter formal é amplamente utilizado pois “é a que mais directamente incide sobre a posição jurídicas dos cidadãos, tanto nas suas relações com o Estado como nas suas relações entre si. É aquela que mais profundamente conforma a ordem jurídica infraconstitucional (direito civil, direito criminal, etc.). Enfim, juntamente com a organização econômica (...), é aquela que mais contribui para a definição do tipo constitucional da sociedade.” (Canotilho e Vítor Moreira. **Fundamentos** ..., p. 93.)

Importante relembrar igualmente que o catálogo “abrange as sucessivas sedimentações históricas ao longo do tempo: os tradicionais *direitos negativos*, conquista da revolução liberal; os *direitos de participação política*, emergentes da superação democrática do Estado liberal; os direitos positivos de natureza econômica, social e cultural (usualmente designados de forma abreviado por *direitos sociais*), constituintes da concepção social do Estado; finalmente, os chamados *direitos da quarta geração*, como o direito ao ambiente e à qualidade de vida.” (Canotilho e Vítor Moreira. **Fundamentos** ..., p. 93.)

¹⁵¹ BOROWSKI, Martin. **La estructura** ..., p. 34.

¹⁵² Expressando igualmente a insuficiência do conceito puramente formal: Robert Alexy: **Tres escritos** ..., p. 23; Robert Alexy: **Teoria** ..., pp. 66-69; Konrad Hesse: **Elementos** ..., p. 225, dentre outros.

Dada a insuficiência da identificação dos direitos fundamentais por meio da fundamentalidade formal, a doutrina aponta outro critério para identificação de direitos fundamentais: a fundamentalidade material.

Noticia Robert Alexy que a versão mais conhecida de um conceito material de direitos fundamentais se encontra na obra de Carl Schmitt. Para Schmitt “só os direitos humanos liberais do indivíduo” seriam direitos fundamentais em sentido próprio. Assim, só o indivíduo pode ser considerado titular dos direitos fundamentais, assim como o Estado é o único destinatário deles e o objeto só pode consistir em se abster de intervir na esfera de liberdade do indivíduo. Dessa forma se estabelece que os direitos fundamentais são somente “aqueles direitos que pertencem a base do próprio Estado”¹⁵³.

Para Alexy, a desvantagem decisiva da definição schmittiana reside em sua estreiteza. Essa definição exclui do círculo dos direitos fundamentais os direitos a ações positivas do Estado, quer dizer, os direitos de proteção e os direitos sociais¹⁵⁴.

Dada a insuficiência da concepção schmittiana e reconhecendo o problema em distinguir dentre os direitos sem assento constitucional quais poderiam ser considerados como fundamentais, Canotilho informa que a orientação tendencial aceita é a de se considerar como direitos materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais¹⁵⁵.

Já Martin Borowski, ao analisar o problema da identificação da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, informa que isso pressupõe dois tipos diversos de relações entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. O primeiro tipo de relação é de natureza definitiva. Segundo essa variante, os direitos fundamentais são direitos humanos transformados em direito constitucional positivo. De acordo com essa possibilidade, só pode considerar-se como conteúdo dos direitos fundamentais aquela substância normativa que antes do processo de transformação já formava parte do conteúdo dos direitos humanos, e que ainda o faz. Esta possibilidade apresenta o inconveniente de que a discussão política acerca

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Tres escritos** ..., p. 24.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria** ..., p. 66.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** ..., p. 403.

do conteúdo dos direitos humanos, à qual se deve a existência de diversas cosmovisões, converte-se necessariamente em uma discussão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais. Por esta razão é preferível estabelecer uma relação mais débil entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Este segundo tipo de relação é de natureza intencional. De acordo com esse enfoque, os direitos fundamentais são aqueles que se tem admitido na Constituição com a intenção de lhes outorgar caráter positivo. Nessa variante do conceito material de direito fundamental, os possíveis equívocos que existam acerca do conteúdo dos direitos humanos não teriam repercussões sobre o caráter de direito fundamental dos direitos transformados¹⁵⁶.

De todas as visões anteriormente expostas poder-se-ia então imaginar que a fundamentalidade material dos direitos fundamentais passaria pela verificação de seu conteúdo e importância dos mesmos para o ordenamento. O conteúdo, apesar de variar devido a subjetividade da análise do agente, será identificada de acordo com o direito Constitucional positivo vigente. Já a importância, será verificada na qualificação de determinada matéria para a comunidade, em determinado momento histórico¹⁵⁷.

2.2.3 A eficácia dos direitos fundamentais

¹⁵⁶ BOROWSKI, Martin. **La estructura** ..., pp. 35-36.

¹⁵⁷ MALISKA, Marcos Augusto. **Direito à educação** ..., p. 79.

A eficácia¹⁵⁸ dos direitos fundamentais é um tema complexo¹⁵⁹ e extremamente controverso¹⁶⁰. A complexidade é tamanha que Canotilho afirmou ser

¹⁵⁸ Para que se evite eventuais controvérsias em torno do sentido empregado neste trabalho para o termo “eficácia” e obedecer o necessário rigor metodológico desejável a todo trabalho científico, informe-se que o significado aqui adotado se refere a vinculatividade normativa. Eficácia, assim, é empregada no sentido de indicar o “âmbito”, a “extensão” e o “alcance” da norma jurídica. Em certo sentido, o sentido aqui adotado segue o indicado por José Afonso da Silva, para quem:

“Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 66.)

Destaque-se que o rigor metodológico não é de todo descabido uma vez que Claus-Wilhelm Canaris informa que predomina na doutrina alguma confusão terminológica envolvendo as expressões “*eficácia imediata* dos direitos fundamentais” e “*vigência imediata* dos direitos fundamentais” o que leva a supor que alguns autores defendam a eficácia imediata dos direitos fundamentais quando, na realidade, não o fazem (isto teria acontecido com Hager). Para evitar essas confusões terminológicas Canaris distingue a *eficácia imediata* em relação a terceiros e a *imediata vigência* dos direitos fundamentais. (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad.: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006. pp. 54-55)

¹⁵⁹ Jorge Miranda destaca as dificuldades impostas pela teoria da eficácia dos direitos fundamentais:

“Não é, porém, um problema de equacionamento simples, por vários motivos: 1.º) porque se apresenta irreduzível a diferença de posições e de modos de agir das entidades públicas e das entidades privadas; 2.º) porque não é mero conceitualismo recortar os direitos fundamentais como direitos essencialmente colocados frente ao Estado, é um dado da experiência; 3.º) porque a eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias se repercute necessariamente no terreno do direito provado e exige uma análise interdisciplinar; 4.º) porque, se o princípio da autonomia privada, fundamental nos sistemas jurídicos romanísticos (e também nos de *common law*), pode e deve ser limitado, em contrapartida – sob pena de ser vulnerado no seu conteúdo essencial – vai condicionar em larga medida a aplicação dos direitos, liberdades e garantias nas relações privadas; 5.º) porque, do mesmo passo, se importa garantir os direitos fundamentais das pessoas no interior das instituições e grupos privados, também importa preservar a autonomia dessas instituições perante o Estado.” (MIRANDA, Jorge. **Manual ...**, Tomo IV. p. 287.)

¹⁶⁰ A controvérsia gerada pela eficácia se não se refere atualmente a sua admissibilidade como será demonstrado logo à frente, ao menos se relaciona a forma como esta se opera nos diversos ordenamentos jurídicos.

Para visualizar como o tema é polêmico vale a pena citar o curioso relato de Jorge Reis Novais em um de seus estudos mais recentes o qual relata a divergência instaurada entre a doutrina portuguesa e brasileira sobre o tema. Eis passagem de seu trabalho:

tal tema um dos mais nobres da dogmática jurídica atualmente¹⁶¹. Não é por menos que a discussão acerca de possibilidades e limites dessa teoria ultrapassem as fronteiras brasileiras, estendendo-se aos mais diversos países¹⁶². O mais interessante é que se trata de fenômeno relativamente recente¹⁶³ e que se instaura a partir do momento em que as constituições e os direitos fundamentais assumem nova feição. Demonstre-se.

“Um curso de mestrado na Faculdade de Direito de Lisboa subordinado a este tema e frequentado em igual número por estudantes brasileiros e portugueses proporcionou-os esta clara verificação inicial: enquanto os estudantes brasileiros se pronunciavam unanimemente pela aplicação directa dos direitos fundamentais aos particulares, já os estudantes portugueses eram muito mais reticentes a esta ideia. O curioso é que esta divergência reproduz uma divisão no mesmo sentido que é possível perceber entre as doutrinas brasileira e portuguesa. Ou seja, enquanto que praticamente todos os autores brasileiros que ultimamente têm escrito sobre o tema aderem, com diferenciações de pormenor, à tese da eficácia ou aplicabilidade directa, já parte substancial da melhor doutrina portuguesa pronuncia-se em sentido diverso.

Daí uma primeira perplexidade e uma primeira sugestão. A perplexidade advém deste facto: a Constituição brasileira não tem nenhuma afirmação clara sobre a questão e, no entanto, os brasileiros convergem na afirmação da aplicabilidade ou eficácia directa; a Constituição portuguesa consagra a aplicabilidade directa de forma aparentemente inequívoca, pelo menos no sentido em que não distingue a vinculação das entidades públicas da vinculação das privadas (‘os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas’) e os portugueses se manifestam evidentes reservas em adoptar essa posição.” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. pp. 69-70.)

¹⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. *In* **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. ampl. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 341.

¹⁶² Notícia Claus-Wilhelm Canaris em seu **Direitos fundamentais e direito privado** que a problemática relacionada ao assunto não é um fenômeno exclusivamente alemão, pois permeia o pensamento da literatura anglo-saxônica com o chamado “*constitutionalisation of private law*”; da doutrina italiana com a “*costituzionalizzazione anche del diritto privato*”; no direito americano sob a epígrafe da “*state action doctrine*”; na jurisprudência suíça em julgados de seu Tribunal Federal; além de se espalhar-se por quase toda a Europa aparecendo com muita frequência em sede de responsabilidade delitual. (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado** ..., pp. 20-21.)

Quanto a polémica no âmbito internacional vale a pena conferir também o estudo de Daniel Sarmento, denominado A vinculação de particulares aos direitos fundamentais no Brasil e no direito comparado, publicado no livro **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3 ed. rev. Coord.:Luís Roberto BARROSO. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁶³ Carlos Roberto Siqueira Castro:

“A questão da extensão das normas tutelares dos direitos e deveres fundamentais às partes privadas nas relações sociais é relativamente nova, tendo exigido uma reciclagem e ampliação em sentido *uti universi* do tradicional princípio da legalidade, a fim de que a observância das normas constitucionais pertinentes a tais direitos e deveres se aplicassem não só ao Estado e aos agentes do Poder Público, mas também se estendessem aos particulares.” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 240.)

De fato, como já se deu destaque no transcorrer deste trabalho as constituições liberais foram concebidas como documentos históricos que se destinavam a impor limites à atuação do Estado. Sua função não era outra que não reger o funcionamento do poder público. Assim, não traziam em seus textos quaisquer elementos que se destinassem a regulamentação dos entes privados. Essa tarefa era totalmente relegada à legislação ordinária - em especial aos códigos civis -, pois isso atendia ao anseio de usufruto de liberdade do cidadão burguês¹⁶⁴. Nesse contexto os direitos fundamentais eram vistos tão-somente como verdadeiras salvaguardas do particular contra o Estado. Como verdadeiros direitos de defesa¹⁶⁵. Seu foco de atuação era unidirecional. Direccionavam-se única e exclusivamente ao Estado.

A junção dos fatores acima alinhavados (ausência de referência nas constituições de vinculatividade dos particulares aos direitos fundamentais; natureza liberal destes e o entendimento de que a Constituição somente servia para regulamentar a atividade do Estado) não fomentou uma maior discussão acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais¹⁶⁶.

¹⁶⁴ A separação entre direito público e direito privado levou Konrad Hesse a afirmar que havia uma notável influência do direito privado sobre o direito constitucional; uma inegável sobreposição do direito privado sobre o próprio direito constitucional. (HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.) Este panorama se modifica com o declínio no Estado liberal e a mudança de natureza dos próprios direitos fundamentais que passam a assumir novas feições.

¹⁶⁵ A doutrina não vacila em reconhecer uma concepção originalmente liberal para os direitos fundamentais, no sentido de que estes se dirigiam inicial e especialmente no Estado Moderno como verdadeiros direitos de proteção em face do arbítrio estatal, o que, por consequência, imprimiu aos mesmos a força de vincular o Estado. Nesse sentido José Carlos Vieira de Andrade *in* **Os direitos fundamentais** ..., pp. 51-53; Ingo Wolfgang Sarlet *in* **A eficácia** ..., pp. 55-56; Dieter Grimm *in* **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. pp. 77-106; dentre outros.

¹⁶⁶ Estas dificuldades foram tratadas por Vilson Steinmetz:

“A vinculação dos particulares a direitos fundamentais não teve e ainda não tem a força de uma ‘evidência constitucional’. E assim é por duas razões básicas: (i) os direitos fundamentais, invenção do constitucionalismo liberal, foram concebidos exclusivamente como limites ao poder do Estado. Eram direitos que se reportavam à relação indivíduo-Estado. Por influência dessa concepção originária, por longo tempo não se cogitou sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais; (ii) a segunda razão, já mencionada no Capítulo I (item 1, retro), reside no fato de que nos textos constitucionais contemporâneos – salvo raras exceções, *e.g.*, Constituição da República Portuguesa (1976), Constituição da Federação Russa (1993) e Constituição Suíça (1998) – não há referências normativas textualmente expressas à eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares; não há, portanto, decisão constitucional direta e clara sobre a matéria.” (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 64-65)

Entretanto, esse panorama se modificou com o declínio do Estado liberal, a passagem ao Estado social e a verificação de que entes privados acumulavam poderes até então não vistos¹⁶⁷ e, diante desse acúmulo de poder, acabavam por ofender direitos fundamentais¹⁶⁸. De fato, diante de uma avançada industrialização e concentração de poderes nas mãos de grupos cada vez mais fortes não bastava um Estado apenas omisso e não interventor. Era necessário um Estado ativo e que fosse capaz de intervir nas relações públicas, ou privadas, sempre que alguém ou algum grupo se encontrasse em posição de submissão.

Ora, se a Constituição assume “força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia”¹⁶⁹, e os direitos fundamentais fazem parte do elemento nuclear da Constituição material¹⁷⁰, não se apresentando como um compartimento isolado dentro da Constituição, fazendo, antes, parte da ordem constitucional, ligados que estão a todos os domínios constitucionais¹⁷¹, não se mostraria adequado que sua eficácia jurídica ficasse restrita e limitada a atingir o Estado, deixando de fora de sua abrangência os particulares. Como assinala Pérez-Luño no plano teórico seria inaceitável e contraditório ao princípio da coerência interna do ordenamento jurídico se todos os atores jurídicos não fossem vinculados aos direitos fundamentais. Não fosse isso, tornar-se-ia inaceitável que potenciais atitudes danosas, oriundas de poderes econômico-sociais implacáveis, não pudessem ser

¹⁶⁷ Esta concentração de poderes foi nomeada por Juan María Bilbao Ubillos como o *fenômeno do poder privado* pelo qual o direito privado passa a ter grande autoridade e poder no sistema social e jurídico a com capacidade de determinar ou condicionar juridicamente (ou de fato) as decisões dos outros. Passou a influenciar eficazmente no comportamento dos outros, de impor, enfim, sua própria vontade. (UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. ampl. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 303.)

¹⁶⁸ De fato, a “liberdade humana é posta em perigo não só pelo Estado, mas também por poderes não-estatais, que na atualidade podem ficar mais ameaçadores do que as ameaças pelo Estado.” (HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha** (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*). Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 278.) Ou seja, “as ameaças aos direitos fundamentais (...) [provinham] também, e por vezes, com maior gravidade, dos poderes privados e de outros particulares”. (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais** ..., p. 80.)

¹⁶⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional** ..., p. 68.

¹⁷⁰ MALISKA, Marcos Augusto. **Direito à educação** ..., p. 57.

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vítor. **Fundamentos** ..., p. 99.

repreendidas ou refreadas com o auxílio dos direitos fundamentais¹⁷². Assim, nas palavras de Juan María Bilbao Ubillos os direitos fundamentais não poderiam ignorar o fenômeno do poder privado, mas, antes, afrontar essa realidade e dar uma resposta apropriada e adequada ao problema¹⁷³.

Nesse diapasão, apesar de certa reticência inicial¹⁷⁴⁻¹⁷⁵, gradativamente passou-se a admitir a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações envolvendo particulares, sendo que, atualmente, conforme constatação de Robert Alexy tal tese é amplamente aceita¹⁷⁶.

¹⁷² PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 314.

¹⁷³ Segundo Juan María Bilbao Ubillos:

“El Derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado. Tiene que afrontar esa realidad y dar una respuesta apropiada, que no podrá venir de la simple apelación al dogma de la autonomía privada, un principio seriamente erosionado en la experiencia del tráfico jurídico privado. No está de más recordar que la desigualdad de partida entre las partes de una relación laboral está en el origen del desgajamiento de la normativa laboral del tronco común del Derecho de los contratos y de la configuración del Derecho del trabajo como un ordenamiento compensador, con una finalidad tuitiva, de protección de los intereses objetivamente más vulnerables, autonomía negocial. Los derechos fundamentales deben protegerse, por tanto, frente al poder sin adjetivos, y el sistema de garantías, para ser coherente y eficaz, debe ser polivalente, debe operar en todas las direcciones. No hay ninguna razón para pensar que el problema de fondo cambia en función de cuál sea el origen de la agresión que sufre una determinada libertad. El tratamiento ha de ser, en lo esencial, el mismo. (UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida ..., p. 305.)

¹⁷⁴ Para Carlos Roberto Siqueira Castro:

“A oposição doutrinária e pretoriana a essa nova expressão da eficácia jurídica da Constituição, apegada à dicotomia ultraliberal entre Estado-indivíduo e Estado-sociedade civil, foi de início bastante inflexível, até que, em meados do presente século começou a formar-se a convicção geral de que a grande maioria dos direitos e garantias individuais e coletivos têm pertinência com a generalidade das relações humanas no convívio social, político e econômico, de sorte a aplicarem-se tanto à esfera pública quanto à esfera privada.” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta** ..., p. 240.)

¹⁷⁵ Outros fatores que corroboraram para a não aceitação inicial da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais seriam a dificuldade em aceitar-se a negação (ou ao menos uma revisão a fundo ao menos da concepção tradicional dos direitos fundamentais como direitos oponíveis unicamente frente ao Estado (UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida ..., p. 301.), além do receio de ocorrer verdadeiro aniquilamento da autonomia privada, a possível perda de identidade do direito privado; a perda de sua força como ciência, até ao temor de hipertrofia dos juízes perante o legislador democrático.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoría** ..., p. 528.

Comungando da mesma opinião de Alexy: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais** ..., p. 259. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. ..., p. 36. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**, p. 72. MALISKA, Marcos Augusto. **Direito à educação** ..., pp. 118-119. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso** ..., p. 620. FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas ..., p. 43., dentre outros.

No Brasil doutrina da melhor cepa reconhece a vinculação de particulares aos direitos fundamentais¹⁷⁷, sendo que esse reconhecimento doutrinário ecoou no Supremo Tribunal Federal que já teve a oportunidade de reconhecer que os direitos fundamentais apresentam uma eficácia horizontal¹⁷⁸.

Contudo, apesar de atualmente se aceitar plenamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, persiste ainda a dúvida de como e em que extensão se dá essa eficácia¹⁷⁹.

Segundo Daniel Sarmento o debate sobre a eficácia permeia a cabeça dos juristas das mais diferentes culturas jurídicas sendo que posições intermediárias e doutrinas alternativas foram criadas, as quais, inevitavelmente, desaguaram nas seguintes indagações:

¹⁷⁷ Nas palavras de André Ramos Tavares:

“O reconhecimento de direitos humanos não deve mais operar ‘verticalmente’, ou seja, na relação existente entre liberdade/autoridade, entre particular/Estado. Conforme assinala alhures ‘Há uma tendência atual para reconhecer e privilegiar também a chamada ‘eficácia horizontal’ dos direitos humanos (e fundamentais). Essa ‘nova dimensão’, contudo, não ignora a anterior, nem pretende sobrepor-se a ela. Apenas pretende agregar valores àqueles já consagrados.” (TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. *In* **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. Org.: George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47.)

Além de Tavares podem ser citados: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. _____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. *In*: BARROSO, Luís Roberto (coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2001. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da Corte Constitucional Alemã. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, v. 6, n. 24, p. 48-59, 1998. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo. v. 9, n. 36, p. 54-104, 2000. HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no Direito Civil. **Revista da faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, pp. 111-125. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In*: BARROSO, Luís Roberto (coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 201.819-8. Recorrente União Brasileira de Compositores. Recorrido Arthur Rodrigues Villarinho. Relator Gilmar Mendes. 27.10.2006.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. p. 528. No mesmo sentido PECES-BARBA MARTÍNES, Gregorio. **Curso ...**, p. 618; e Wilson Steinmetz: “(...) também constata-se que, não obstante o esforço teórico e jurisprudencial, ainda não há uma construção dogmática clara, precisa e unitária, nem mesmo hegemônica, sobre os contornos (a forma e a medida) dessa eficácia.” (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação ...**, p.33.)

Como e com que intensidade incidem os direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares? Qual a proteção constitucional que merece, nesse contexto, a autonomia privada? Que papel cabe ao Estado na proteção dos direitos fundamentais diante de agressões e ameaças vindas de particulares? A quem compete precipuamente a tutela dos direitos humanos nas relações privadas, ao Legislativo ou ao Judiciário? Como compatibilizar a extensão dos direitos humanos à esfera privada com a segurança e a previsibilidade necessárias ao tráfico jurídico?”¹⁸⁰

As indagações acerca do problema não diferem daquelas levantadas por Claus-Wilhelm Canaris. Em estudo dedicado ao tema, Canaris destaca que duas conjunções seriam capazes de clarificar a resposta ao problema da eficácia dos direitos fundamentais: *se e como* os sujeitos de direito privado encontram-se vinculados aos direitos fundamentais podem dar o norte necessário para a investigação acerca da eficácia dos direitos fundamentais na relação entre entes de direito privado. Canaris inclusive afirma que esta seria a única e verdadeira questão relacionada à chamada eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros¹⁸¹. Nesse diapasão, Canaris formula alguns questionamentos, os quais espera que, ao final respondidos, possam definir a questão. Eis as perguntas: i) quem é o destinatário dos direitos fundamentais – apenas o Estado e os seus órgãos, ou também os sujeitos de direito privado? ii) o objeto de controle segundo os direitos fundamentais é o comportamento de quem – de um órgão do Estado, ou de um sujeito de direito privado? iii) em que função são aplicados os direitos fundamentais – como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela?¹⁸²

Visando obter respostas a essa tormentosa indagação, várias teorias foram desenvolvidas mundo afora, dentre as quais, as que mais se conhecem e que, por tal motivo, merecem ser abordadas nesta oportunidade, são as teorias da eficácia imediata e mediata dos direitos fundamentais.

2.2.3.1 Eficácia mediata

¹⁸⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação de particulares aos direitos fundamentais no Brasil e no direito comparado. In **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3 ed. rev. Coord.:Luís Roberto, BARROSO. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁸¹ In Direitos fundamentais e direito privado. ..., p. 52.

¹⁸² In Direitos fundamentais e direito privado. ..., p. 52.

A teoria da eficácia mediata, também chamada de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, teve como expoente defensor Günter Dürig na Alemanha e recebeu, segundo Steinmetz, valoroso impulso ao ser adotada pelo Tribunal Constitucional alemão no Caso *Lüth* em 1958¹⁸³.

Para Dürig, o princípio constitucional da liberdade (e do livre desenvolvimento da personalidade) deveria continuar a ser o postulado básico, o valor fundamental a se ter em conta na solução do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas¹⁸⁴.

Assim, o ponto de partida do modelo dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares seria o reconhecimento de um direito geral de liberdade, consagrado na maioria das constituições das democracias ocidentais. Esse direito geral de liberdade impediria que os direitos fundamentais tivessem um efeito absoluto nas relações privadas, pois esse efeito absoluto significaria um total domínio do direito constitucional sobre o direito privado¹⁸⁵.

Para os adeptos dessa teoria os direitos fundamentais como “decisões axiológicas”, “normas objetivas” ou “valores constitucionais”, ou seja, como princípios objetivos da ordem jurídica, influenciariam a interpretação do direito privado. Essa influência deveria ocorrer sobretudo na concretização das cláusulas gerais do direito privado, mas ela também poderia se manifestar em toda e qualquer interpretação de norma de direito privado e, em casos especiais, chegar até a fundamentar decisões contra o literal teor da lei. Contudo, apesar da influência dos direitos fundamentais, as normas de direito privado deveriam permanecer como normas de direito privado, e os direitos e deveres por ela estabelecidos permaneceriam direitos e deveres no âmbito do direito privado. No que diz respeito à posição do juiz, o efeito irradiador deveria fundamentar o dever de levar em consideração a influência dos direitos fundamentais nas normas de direito privado, quando de sua interpretação¹⁸⁶.

Como se vê, a eficácia mediata se alcança com o condicionamento da operatividade dos direitos fundamentais no campo das relações privadas pela

¹⁸³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação**. ..., p. 136.

¹⁸⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Direitos fundamentais** ..., p. 251.

¹⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito** ..., p. 75.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** ..., p. 529.

mediação de um órgão do Estado que, ademais, deve estar vinculado diretamente a esses direitos e tem de ser consequente com o dever de proteção que se deriva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Assim se requer concretamente a intervenção do legislador, ou a recepção por meio do juiz, no momento de interpretar a norma aplicável ao caso¹⁸⁷.

Os fundamentos para a aceitação dessa teoria residiria, segundo Hesse em que a relação envolvendo particulares é caracterizada pela igualdade, diferentemente da relação do indivíduo com o Estado que é de disparidade. Da mesma forma porque a eficácia imediata poderia conduzir a uma supressão da autonomia dos particulares além de colocar o juiz em cada caso particular, diante da necessidade da determinação extremamente difícil daqueles limites e, por isso, cair em conflito com a tarefa de um direito privado suficiente às exigências estatal-jurídicas, ou seja, aquela de possibilitar a configuração de relações jurídicas e solução do problema judicial, fundamentalmente, com auxílio de regulações suficientes claras, detalhadas e determinadas¹⁸⁸.

Tal como Hesse, Canaris, também adepto da teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais, entende que a generalização da aplicabilidade direta conduziria a consequências dogmáticas insustentáveis haja vista que amplas partes do direito privado e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas de sua autonomia. Para além dessas consequências, Canaris ainda afirma que se incorreria em grandes dificuldades de ordem prática, já que a maioria dos efeitos jurídicos que essa concepção forçosamente chegaria – tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais – teria de ser afastada logo por interpretação pela sua indevida sustentabilidade. Daí porque Canaris rejeita a teoria da eficácia imediata¹⁸⁹.

2.2.3.2 Eficácia imediata

¹⁸⁷ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida ..., p 311.

¹⁸⁸ HESSE, Konrad. **Elementos** ..., pp. 284-285.

¹⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**, ..., pp. 53-54.

Se Dürig pode ser identificado como o precursor na defesa da eficácia indireta - ou mediata - dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, por outro lado, Hans Carl Nipperdey pode ser identificado como o precursor da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais¹⁹⁰. Nipperdey, sob o império da Lei Fundamental de Bonn, engajou-se em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais, fazendo com que a mesma fosse adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho alemão¹⁹¹.

De acordo com essa teoria, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e diretamente em face de entes privados. Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias¹⁹².

Segundo Canaris, a teoria da eficácia imediata, se corretamente entendida, indicaria que os direitos fundamentais dirigem-se não apenas contra o Estado, mas também contra os sujeitos de direito privado. Assim, os direitos fundamentais não careceriam de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, sem mais, a proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado. Aplicando-se consequentemente essa perspectiva, cada direito fundamental conteria i) uma proibição legal que vedaria em princípio a sua restrição por negócio jurídico e ii) um direito subjetivo cuja violação geraria, em princípio, uma obrigação de indenizar¹⁹³.

O traço característico dessa teoria então seria a de admitir a possibilidade de serem invocados os direitos fundamentais diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Destaque-se entretanto que para Steinmetz a teoria da eficácia imediata foi formulada inicialmente por Nipperdey, mas adverte que ela também é associada a Walter Leisner. (**A vinculação** ..., p. 164.)

¹⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade** – estudos de Direito Constitucional. 3 ed., rev e ampl., 2^a tir. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 122-123.

¹⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** ..., pp. 1270-1271.

¹⁹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**, ..., p. 53.

¹⁹⁴ SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares** ..., p. 220.

Para Alexy a diferença da eficácia mediata para a imediata é que esta não sustenta que os princípios objetivos produzam efeitos nas relações privadas por meio da influência na interpretação das suas normas, mas, sim, porque deles fluem diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos¹⁹⁵.

Em traços gerais essas seriam as duas formas de eficácia horizontal encontradas na doutrina, as quais, até hoje, apesar de serem plenamente reconhecidas, não geram consenso.

2.2.3.3 As adesões doutrinárias às duas teorias: demonstração da atualidade e do caminho ainda aberto à discussão

Convém destacar para finalizar esse tópico relacionado a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas que outras teorias além das duas anteriormente mencionadas foram desenvolvidas¹⁹⁶ dada a dificuldade de se encontrar soluções adequadas que resolvam problema com tantas peculiaridades, mas sem sombra de dúvidas são as teorias da eficácia mediata e imediata que encontram mais adeptos.

Somente a título de curiosidade e visando demonstrar como a questão ainda continua aberta, entende-se salutar destacar que enquanto autores de destaque como Konrad Hesse¹⁹⁷, Claus-Wilhelm Canaris¹⁹⁸, Jorge Reis Novais¹⁹⁹, Paulo Mota

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria** ..., p. 530.

¹⁹⁶ Alexy noticia a existência de três teorias envolvendo a questão: a dos efeitos indiretos perante terceiros; a dos efeitos diretos e uma de efeitos mediados por direitos em face do Estado. (**Teoria** ..., p. 529.)

José Carlos Vieira de Andrade noticia ainda a tese de Schwabe que distingue os direitos de liberdade, cuja ofensa seria sempre imputável ao Estado e os direitos de igualdade, onde os poderes públicos só deveriam intervir em casos de discriminação grave, bem como a posição de Hesse de que não se deve admitir a eficácia dos direitos em relação aos particulares quando vá restringir a (relativamente maior) liberdade permitida pelo direito privado. (*in Os direitos fundamentais* ..., p. 253.)

¹⁹⁷ HESSE, Konrad. **Elementos** ..., pp. 284-285.

¹⁹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado** ..., pp. 53-54.

¹⁹⁹ Após identificar vários dos problemas relacionados à eficácia direta dos direitos fundamentais Jorge Reis Novais assim se manifesta:

Pinto²⁰⁰ são adeptos da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento²⁰¹, Jörg Neuner²⁰², Juan María Bilbao Ubillos²⁰³ se filiam a teoria da eficácia imediata (ou direta) dos direitos fundamentais.

O quilate dos autores evidencia o quanto há de se construir até que se chegue a um consenso sobre o tema (se é que isso será possível), o que só demonstra a sua atualidade e a necessidade de esforço no desenvolvimento da matéria.

De toda forma, como afirma José Carlos Vieira de Andrade: “seja qual for a teoria adotada, os seus quadros são capazes de suportar soluções equilibradas e justas”²⁰⁴ aos problemas a serem enfrentados.

2.3 A DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Seguindo a abordagem relacionada ao regime jurídico dos direitos fundamentais, convém apresentar a dupla dimensão destes.

Atualmente não há dissenso doutrinário acerca da dupla dimensão dos direitos fundamentais. Na lição de Bockenforde:

“Mais importante que essa diferença é uma outra, a que se refere à questão de saber quem é o destinatário da Constituição, a quem se dirigem os limites e imposições constitucionais, ao Estado (órgãos e titulares do poder e entidades públicas) ou aos particulares? A resposta histórica do Estado de Direito a essa pergunta parece ter sido incontroversa. O problema é saber se há, hoje, razões que devam conduzir à inflexão no sentido dessa resposta. Em nosso entender, e por estritas razões de defesa da liberdade individual, dos direitos fundamentais e da força normativa da Constituição, não há. Todas elas apontam, ao invés, para a manutenção do sentido da origem e evolução do Estado de Direito: para que os beneficiários possam continuar a ser os particulares (a sua liberdade e autonomia, os seus direitos fundamentais), os destinatários da Constituição devem continuar a ser as entidades públicas. (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais** ..., pp. 115-116.)

²⁰⁰ In Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. ampl. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 368.

²⁰¹ In **A vinculação** ..., p. 245.

²⁰² NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. ampl. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 254.

²⁰³ Destaque-se que o autor espanhol é adepto da teoria da eficácia imediata (p. 338) mas defende que a ela encontra limites, limites específicos, derivados dos princípios estruturais e valores próprios do Direito Privado, pois a polivalência dos direitos fundamentais não se resolve em uma transposição mecânica e incondicionada dos mesmos ao campo das relações jurídico-privadas. (in ¿En qué medida ..., p. 334 e p. 338.)

²⁰⁴ In Os direitos fundamentais ..., p. 262.

La concepción actual de los derechos fundamentales se conciben, por un lado, como derechos subjetivos de libertad, dirigidos al Estado, del titular individual de derechos fundamentales, y, por otro – y al mismo tiempo –, como normas objetivas de principio (*objektive Grundsatznormen*) y decisiones axiológicas (*Wertentscheidungen*) que tienen validez para todos los ámbitos del Derecho.²⁰⁵

Essa dupla qualificação dos direitos fundamentais foi chamada por Konrad Hesse de condição “polifacética”. Para o autor alemão os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida com liberdade e dignidade. Isso somente se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual. A liberdade do indivíduo só pode se dar em uma comunidade livre e vice-versa; essa liberdade pressupõe seres humanos e cidadãos com capacidade e vontade para decidir por si mesmos sobre seus próprios assuntos e para colaborar responsavelmente na sociedade publicamente constituída como comunidade²⁰⁶.

Essas circunstâncias cunham a singularidade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais pois estes passam não só a garantir direitos subjetivos dos indivíduos, mas também princípios objetivos básicos para o ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito, fundamentos do Estado constituído através de ditos direitos e de seu ordenamento jurídico. Em seu duplo caráter mostram diferentes níveis de significação que respectivamente se condicionam, se apóiam e se complementam. Os direitos fundamentais atuam, assim, legitimando, criando e mantendo consenso; garantindo a liberdade individual e limitando o poder estatal; são importantes para os processos democráticos e do Estado de Direito; influenciam em todo seu alcance sobre o ordenamento jurídico em

²⁰⁵ BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad.: Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Nomos: Baden-Baden, 1993. p. 95.
No mesmo sentido Javier Perez Royo para quem:

“Quiere decirse con ella que los derechos operan, por una parte, como delimitadores de la esfera de libertad personal del ciudadano y, por otra, como elementos constitutivos del ordenamiento de los poderes del Estado.” (ROYO, Javier Perez. **Curso de Derecho Constitucional**. 3. ed. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996. p. 261.) Grifos em itálico no original.

²⁰⁶ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. in **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. BENDA, Ernst; MAIHOFER, Verner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad. (Orgs.). Madri: Marcial Pons ediciones jurídicas e sociales, 2001. pp. 89-90.

seu conjunto e satisfazem uma parte decisiva da função de integração, organização e direção jurídica da Constituição²⁰⁷.

Destacada a existência dessas duas dimensões dos direitos fundamentais, convém explorar de forma um pouco mais pormenorizada cada uma delas.

2.3.1 A dimensão subjetiva

Esta dimensão é aquela que mais se identifica com os próprios direitos fundamentais uma vez que representa a natureza para a qual estes foram inicialmente concebidos.

Como se vem afirmando no decorrer deste trabalho, os direitos fundamentais triunfaram politicamente nos fins do século XVIII com as revoluções liberais. Apareceram, por isso, fundamentalmente como liberdades. Como verdadeiras esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, de quem se exigia que se abstinhasse, tanto quanto possível, da intromissão na vida econômica, social e pessoal de cada indivíduo. Apresentavam-se como liberdades puras sem condicionamentos de fim ou de função²⁰⁸.

Segundo Peces-Barba se se tivesse que identificar essa função subjetiva em relação aos indivíduos, ou com os grupos dos quais eles fazem parte com um traço integrador, compreensivo de todas suas dimensões, dir-se-ia que eles se justificariam para fazer possível a autonomia e a independência moral. Isso quer dizer que os direitos fundamentais integrariam uma moralidade pública que pretende facilitar a vida social, através do Direito, aos titulares desse direito, no exercício de sua moralidade privada, com a livre eleição dos seus planos de vida²⁰⁹.

Nesse contexto os direitos fundamentais poderiam ser vistos como liberdades, cujo conteúdo era determinado pela vontade de seu titular, ou como garantias, para assegurar em termos institucionais a não intervenção dos poderes

²⁰⁷ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales ..., p. 90.

²⁰⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais** ..., p. 51.

²⁰⁹ MARTÍNES, Gregorio Peces-Barba. **Curso** ..., p. 423.

públicos – em qualquer caso, enquanto direitos de defesa dos indivíduos perante o Estado²¹⁰.

Para Konrad Hesse os direitos fundamentais como direitos subjetivos, fundamentadores de *status* seriam então *direitos básicos jurídico-constitucionais* do particular, como homem e como cidadão²¹¹. O que conduz a afirmação de Ingo Wolfgang Sarlet de que:

De modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a idéia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito. Neste sentido, o reconhecimento de um direito subjetivo, de acordo com a formulação de Vieira de Andrade, está atrelado “à proteção de uma determinada esfera de auto-regulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”.²¹²

Convém destacar que, para Robert Alexy, a visualização do direito fundamental como direito subjetivo não pode ser vista atualmente de forma tão simplista tal como se estes fossem concebidos tão-só como direitos de liberdades, ou direitos de defesa do cidadão exercitáveis em face do Estado. Para Alexy é aconselhável conceber os direitos subjetivos como posições e relações jurídicas fundamentais²¹³.

De qualquer forma, tendo em vista que o objetivo do presente tópico não é discutir as várias celeumas doutrinárias em torno da qualidade dos direitos fundamentais em seu aspecto subjetivo, finaliza-se a abordagem com a sinalização de que a ideia de se conceber os direitos fundamentais como direitos subjetivos remete a ideia de estes serem vistos como *liberdades*, cujo conteúdo será determinado pela vontade de seu titular, ou como *garantias*, para assegurar em

²¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais** ..., p. 53.

²¹¹ HESSE, Konrad. **Elementos** ..., p. 232.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia** ..., p. 177,

²¹³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. p. 178.

termos institucionais a não intervenção dos poderes públicos – em qualquer caso, enquanto *direitos de defesa* dos indivíduos perante o Estado²¹⁴.

Apresentadas as principais características relacionadas à dimensão subjetiva, passa-se então à apresentação de sua dimensão objetiva.

2.3.2 A dimensão objetiva

Como se viu no tópico anterior, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais jazia inteiramente conectada ao homem em sua perspectiva individual, isolada, o que conduzia à ideia de que tais direitos eram meros direitos de defesa em face do Estado²¹⁵.

No entanto, essa concepção se mostrava muito estreita segundo Alexy²¹⁶, principalmente após o segundo pós-Guerra. O homem que na era Liberal era visto como um ser isolado e independente, a partir da ruína dos ideais liberais passou a ser visto como homem socialmente situado e inserido. Nesse espaço ele já não seria mais o portador abstrato e isolado de interesses primários, pré-sociais, que esgrimiria a sua autonomia como regra e condição de um contrato social, mas sim, o elemento de um conjunto, responsável e condicionado, limitado à partida, carregado com o seu passado social e, nesse sentido, um homem “aposteorístico” nas palavras de Vieira de Andrade²¹⁷.

Nesse cenário constrói-se uma noção mais “ampla e holística”²¹⁸ para os direitos fundamentais, noção esta que não se esgota em proteger determinadas posições do cidadão contra o Estado. Agrega-se aos direitos fundamentais um caráter objetivo²¹⁹.

²¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais** ..., p. 53.

²¹⁵ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución** ..., p. 190.

²¹⁶ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**. n. 24. out./dez. 2005. p. 334.

²¹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais** ..., p. 61.

²¹⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade ..., p. 335.

A doutrina não diverge em reconhecer que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais resulta de uma construção teórica desenvolvida na Alemanha na década de cinquenta, cujo ápice de desenvolvimento e consequentemente aceitação de sua aplicabilidade adveio com a decisão no Caso *Lüth*²²⁰⁻²²¹.

Naquele caso, estabeleceu-se que os direitos fundamentais, a par de seu aspecto subjetivo, deveriam estabelecer concomitantemente um sistema de valores a ser imposto para toda a vida estatal e social em seu conjunto. Assim, junto aos direitos fundamentais como direitos subjetivos tradicionais frente ao poder público, apareceriam os direitos fundamentais como normas objetivas que expressariam conteúdo axiológico de validade universal e que estabeleceriam um correlativo sistema de valores²²²⁻²²³⁻²²⁴.

Nesse turno de ideias, levando-se em conta que “uma norma vincula um sujeito em termos objectivos quando fundamenta deveres que não estão em relação

²¹⁹ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet esta foi “uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia** ..., p. 165.)

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia** ..., pp. 146-147; ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade ..., pp. 335 e 336-337; BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos** ..., p. 106.

²²¹ Notícia Ernest-Wolfgang Bockenforde que no caso *Lüth* o Tribunal Constitucional Federal Alemão claramente afirma que a ordem de valores estabelecida na parte dos direitos fundamentais regem todos os âmbitos do Direito, que alinha em seu conteúdo material o ordenamento jurídico em seu conjunto e o matiza. (BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos** ..., p. 106.)

²²² BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos** ..., p. 108.

²²³ Segundo assinala Pérez-Luño a concepção do sistema dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores dotado de unidade material foi avançada na etapa da Constituição de Weimar por Rudolf Smend. Através de sua teoria da integração Smend assentou os fundamentos para uma interpretação axiológica dos direitos fundamentais, ao assinalar ao conjunto dos direitos liberdades e garantias básicos proclamados pela Constituição weimariana uma função integradora e inspiradora de todo o ordenamento jurídico-político estatal. Os direitos fundamentais cumpriram sua função integradora ao sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático ao que a maioria dos cidadãos prestaram seu consentimento. Ao mesmo tempo, os direitos fundamentais constituiriam um sistema coerente que inspiraria todas as normas e instituições do ordenamento e prescreveria as metas políticas a se alcançar. (PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 298.)

²²⁴ De bom alvitre destacar desde já que segundo Hesse a dimensão objetiva não estabelece uma ordem neutra de valores, mas antes expressa o robustecimento da força normativa dos direitos fundamentais. Para o mesmo Hesse, esse sistema de valores, cuja espinha dorsal radica na personalidade humana, assim como na dignidade da pessoa, deve reagir como decisão constitucional básica em todas as esferas do Direito: dela recebe orientação e impulsiona a legislação, a administração e a atividade jurisdicional. (HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales ..., p. 92.)

com qualquer titular concreto”²²⁵, verifica-se que ao se imputar uma dimensão objetiva a uma norma consagradora de um direito fundamental está a se falar que sua fundamentação tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária²²⁶.

Mas não só isso. Passa-se a aceitar que os direitos fundamentais tem um significado importante para toda a comunidade e, por tal motivo, vinculam todos os atores sociais, desde os agentes públicos (aqui incluídos os três poderes clássicos: executivo, legislativo e judiciário)²²⁷ até os particulares.²²⁸ Igualmente, que os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, nesta qualidade (qualidade de normas de direito objetivo) e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais²²⁹.

Todas essas peculiaridades dão nota de que a dimensão objetiva abriu os direitos fundamentais a uma compreensão totalmente nova, cujos efeitos foram singulares e marcantes para a ordem jurídica²³⁰⁻²³¹, mas, por certo não encerram a

²²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, p. 1240.

²²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, pp. 1242-1243.

²²⁷ Clèmerson Merlin Clève informa que independentemente das posições jus-fundamentais extraíveis da dimensão subjetiva, incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais). A dimensão objetiva também vincula o Judiciário para reclamar uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com o manejo daquilo que se convencionou chamar de filtragem constitucional, ou seja, a releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais. (*in* A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista crítica jurídica**. Curitiba. n. 20. Jul./dez. 2007. pp. 22-23.

²²⁸ Para Ernest-Wolfgang Bockenforde o caráter objetivo de valor dos direitos fundamentais, uma vez aceitos deve impelir, a um desenvolvimento posterior; com os direitos fundamentais não haviam recebido qualquer componente o complemento, sem uma nova qualidade. A denominada *eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais* é o legítimo do efeito da irradiação, no fundo nada mais que uma tentativa de elaborá-la dogmaticamente. Os direitos fundamentais como mandados de ação e deveres de proteção resultam também como uma consequência necessária do caráter dos direitos fundamentais como normas objetivas de princípio/decisões axiológicas. (BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos** ..., p. 107.)

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia** ..., p. 151.

discussão e só demonstram que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é na verdade “um terreno fértil” para desenvolvimento de novas funções que podem ser atribuídas aos direitos fundamentais²³².

Finalizando este tópico, parece adequado noticiar que a dimensão jurídico-objetivo dos direitos fundamentais tem recebido críticas. Os argumentos dos críticos se referem à elevada discricionariedade na interpretação desses direitos caso essa concepção seja aceita, assim como uma consequente perda de racionalidade da aplicação jurídica que aparece com mais frequência nas reclamações de usurpação de competências políticas assumidas pelos tribunais²³³. No entanto, apesar das poucas censuras, essa dimensão vem recebendo boa acolhida na jurisprudência de

²³⁰ A afirmação de que a compreensão jurídico-objetiva abre aos direitos fundamentais uma área de aplicação inteiramente nova é de Dieter Grimm. Para aquele autor, da dimensão jurídico-objetiva se derivam, de forma paulatina, a irradiação dos direitos fundamentais às relações de direito privado, a denominada eficácia frente a terceiros, os direitos originários a prestações ou direitos de participação dos indivíduos frente ao Estado, o dever de proteção por parte do Estado das liberdades asseguradas pelos direitos fundamentais, as garantias processuais dos processos estatais de decisão dos quais possam derivar-se prejuízos para os direitos fundamentais, os princípios de organização das instituições públicas e privadas nas quais os direitos fundamentais se fazem valer segundo o princípio da divisão de funções, dentre outros possíveis novos passos. Daí porque Grimm também concorda que os direitos fundamentais, em um primeiro momento, não se referem mais unilateralmente ao Estado, senão que se voltam normativamente também para a ordem social, além de, num segundo momento, se desvincularem da função unilateral de proteção e servirem, assim mesmo, como fundamentos dos deveres de ação estatal. (GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales** ..., pp. 155-156.)

²³¹ No mesmo sentido aceitando que o reconhecimento de uma dimensão objetiva para os direitos fundamentais produziu, por consequência, consequências relevantes para o sistema de direitos fundamentais Paulo Gustavo Gonet Branco, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Mendes para quem os efeitos mais marcantes seriam relacionados i) a possibilidade de que os direitos fundamentais não sejam considerados exclusivamente sob uma perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado; ii) a expressão de tais direitos impõe um dever de proteção pelo Estado contra agressões dos próprios poderes públicos, provenientes de outros particulares ou de outros Estados; iii) a dimensão objetiva desvenda, ainda, um sentido qualificativo das normas que as prevêm; iv) os enunciados normativos que proíbam ou dificultem a ação descrita na norma de direito fundamental são qualificados como inválidos, independentemente de chegarem a produzir, em concreto, constrangimento sobre algum indivíduo; e, por fim, vi) o aspecto objetivo leva, ainda, a que se lhes atribua uma eficácia irradiante, servindo de diretriz para a interpretação e aplicação das demais normas dos demais ramos do direito, além da eficácia horizontal. (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos Direitos Fundamentais. in **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. pp. 153-155.)

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia** ..., p. 155.

²³³ A crítica e seus maiores formuladores são apontados por Dieter Grimm em **Constitucionalismo y derechos fundamentales** ..., p. 156.

vários países mundo afora, dentre os quais pode se destacar a Alemanha²³⁴; a Espanha²³⁵, dentre outros.

Apresentadas as várias dimensões dos direitos fundamentais, convém avaliar a unidade de sentido dos direitos fundamentais.

2.4 A UNIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Parece não haver dissenso entre aqueles que se dedicam a estudar o Direito como ciência de que os mais variados ordenamentos jurídicos nada mais são do que verdadeiros sistemas (sistemas jurídicos).

Uma peculiaridade inerente a todo sistema é, segundo Canaris, conjugar dois fatores: ordenação e unidade²³⁶. Por ordenação pretende-se exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade²³⁷. Já por unidade, aquele fator que modifica o resultado da ordenação, não permitindo uma

²³⁴ Caso *Lüth* é o melhor exemplo.

²³⁵ Na Espanha colhem-se os seguintes exemplos extraídos da jurisprudência do Tribunal Constitucional:

“- Derechos fundamentales: concepto

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo em cuanto derechos de los ciudadanos em sentido estricto, sino em cuanto garantizan um “status” jurídico o la liberdade em um âmbito de la existência. Pero al próprio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de La comunidad nacional, em cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente em el Estado de Derecho y, más tarde, em el Estado social de Derecho o el Estado social de Derecho y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 11).

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por La doctrina, se recoge em el artículo 10.1 de La Constitución.” (STC 25/1981, de 1 de Julio [5], BJC-5, p. 324.)

Ainda:

“Artículo 10.10.08 DERECHOS COMO FUNDAMENTO DEL ORDEN POLÍTICO Y PAZ SOCIAL
Derechos fundamentales (...)

Los derechos y libertades fundamentales son elementos Del ordenamiento, están contenidos em normas jurídicas objetivas que forman parte de um sistema axiológico positivizado por La Constitución y que constituyen los fundamentos materiales Del ordenamiento jurídico entero (véanse arts. 1.1, 10.1 y 53 de La Constitución). (...)” (STC 5/1981, de 13 de febrero [voto particular], BJC-1.)

²³⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introd. e trad. A. Menezes Cordeiro. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002. p. 12.

²³⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático** ..., p. 12.

dispersão numa multiplicidade de singularidades desconexas²³⁸. Essas duas qualidades fazem com que o sistema jurídico não apresente contradição entre as normas que o compõem. Também pode ser vista como a condição de que uma norma não seja interpretada de forma isolada, sem qualquer preocupação ou liame de causalidade com outras normas. Esses dois aspectos dão coerência e força ao sistema jurídico, donde se forma a unidade necessária a produzir a vinculatividade das normas que o compõem.

Em se tratando de direitos fundamentais existe uma certa unidade em seu sistema. Muito desse sistema foi construído sob a base do princípio da unidade da Constituição.

Como se tem conhecimento, a Constituição é o texto jurídico que estabelece a estrutura e a conformação do Estado e da sociedade. Não pode, portanto, ter suas normas compreendidas pontualmente, a partir de um problema isolado²³⁹. Uma norma constitucional isolada não pode expressar significado normativo se está destacada do sistema. Dessa forma, não há interpretação de textos isolados, e sim de todo o ordenamento constitucional. Daí por que Eros Roberto Grau afirmar que: “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”²⁴⁰.

A relação de interdependência existente entre as diversas normas constitucionais determina que o intérprete nunca possa examinar uma norma constitucional de maneira isolada, mas sempre dentro do seu conjunto.

Como ressalta Gustavo Zagrebelsky qualquer ordenamento jurídico, pelo fato de ser um sistema e não uma mero somatória de regras, decisões, medidas

²³⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit. pp. 12-13.

²³⁹ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madri : Centro de Estudios Constitucionales, 1992. pp. 49-50.

²⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 44.

Eis o pensamento do autor:

“A interpretação do direito é a interpretação do *direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*.

Não se interpreta o direito em tiras, em pedaços.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.”

dispersas e ocasionais, deve expressar uma coerência intrínseca; quer dizer, deve ser reconduzível a princípios e valores unitários pois, caso contrário, provocaria uma “guerra civil” no direito vigente, um primeiro passo para a anarquia na vida social²⁴¹.

Essa visão de sistema conduz a ideia de unidade da Constituição.²⁴² Paulo Ricardo Schier explica os efeitos de visualizar-se a Constituição como unidade:

Destarte, a unidade da Constituição reporta-se a uma dupla dimensão. A dimensão material, ou de sentido, a partir da qual se deve afirmar que tudo que está contido na Lei Fundamental encontra-se em relação. Todos os princípios e regras constitucionais dialogam entre si. Quando se insere algum texto normativo no sistema, altera-se a sua totalidade, o mesmo ocorrendo quando se retira algum texto dele. E assim, o conteúdo da normatividade constitucional somente pode ser compreendido pela sua totalidade, “a totalidade da Constituição como um arcabouço de normas”. Há, também, a dimensão de unidade formal, qual seja, a da unidade hierárquico-normativa da Constituição. Todos os preceitos constitucionais, de regras ou princípios, encontram-se no mesmo patamar de hierarquia. Não há, na Constituição, uma escala hierárquica de valores ou de princípios. Toda normatividade constitucional deve ser lida nesta perspectiva.²⁴³

Outrossim, como se constata perfeitamente, o objetivo primordial do princípio da unidade da Constituição é o de evitar - ou equilibrar - discrepâncias ou contradições que possam surgir da aplicação das normas constitucionais.

A interpretação constitucional, ao ser balizada pelo princípio da unidade da Constituição, tem por fundamento a consideração de que todas as antinomias eventualmente existentes serão sempre aparentes e solucionáveis tendo em vista a busca do equilíbrio entre as diversas normas constitucionais.

Como visto, na seara do Direito Constitucional a ideia de unidade do sistema é representada pela teoria do princípio da unidade da Constituição.

Mas e em sede de direitos fundamentais?

Segundo José Carlos Vieira de Andrade:

²⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. Madrid: Editorial TROTТА, 2007. pp. 30-31.

²⁴² Quanto a ideia de unidade da Constituição confira-se Canotilho e Víтал Moreira:

“Um outro princípio importante para a compreensão do estatuto constitucional é o princípio da *unidade da Constituição*. Ela forma uma unidade de sentido normativo e político-axiológico. Esta ideia de unidade reforça o caráter normativo global da Constituição, superando ou resolvendo as contraposições ou antinomias que por vezes se apresentam instaladas no seu próprio seio.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes.; MOREIRA, Víтал. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 44)

²⁴³ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 845, p. 22-36, 2006.

As considerações precedentes habilitam-nos a concluir pela existência de uma unidade de sentido jurídico-constitucionalmente fundada no domínio dos direitos fundamentais, isto é, pela possibilidade de uma construção normativa coerente capaz de integrar num quadro geral a interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais respectivos. Nesse sentido, pode afirmar-se que os direitos fundamentais constituem um *sistema* ou uma *ordem*.²⁴⁴

Explicando o mesmo autor o que seria este sistema ou ordem:

(...) essa ordem ou sistema estrutura-se em referência a um princípio de valor que a fundamenta. Não representa, por isso, uma unidade puramente lógica ou funcional, mecânica ou sistêmica, neutra, mas sim uma unidade axiológico-normativa, uma unidade de sentido cultural, como é, de resto, próprio da unidade de um (sub) sistema jurídico.

Os preceitos relativos aos direitos fundamentais, ao constituírem posições jurídicas subjetivas, exprimem também o reconhecimento e a garantia de um conjunto de bens ou valores que são caros à comunidade e que legitimam e dão sentido aos preceitos constitucionais respectivos. São valores ou bens que a Constituição, em alguns casos, recebe como dados irrecusáveis da cultura universal ou nacional, e em outros, de algum modo cria, procurando interpretar o sentimento coletivo da época na determinação de um projeto de vida em comum.

Esses bens ou valores não se amontoam nem pura e simplesmente se somam, ainda que apareçam espalhados por múltiplas normas concretas. Deve haver alguma ordem entre elas; uma unidade de coerência e sentido a essa cultura constitucional. (...)

O conjunto dos direitos fundamentais tem e deve ter sentido na medida em que se destina especificamente a definir e a garantir a posição do homem concreto na sociedade política.²⁴⁵

Concorda com a existência de uma unidade dos direitos fundamentais Gregório Peces-Barba Martínez para quem os direitos fundamentais representam uma *unidade sistemática* constituindo um conjunto de normas entrelaçadas com uma origem comum que procede como derivação imediata da norma básica, da fonte jurídica última do sistema e que, em seus conteúdos, realizam de maneira direta os valores morais assumidos pelo poder como fato fundamentalmente básico, como os valores políticos. Assim, a unidade que permite o agrupamento integrado desses direitos em um subsistema e a superioridade desse critério, a respeito de uma análise deles, como normas separadas, deriva desse entrelaçamento com as normas identificadoras do sistema²⁴⁶⁻²⁴⁷⁻²⁴⁸.

²⁴⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais** ..., p. 105. Grifos em itálico no original.

²⁴⁵ Ibid., pp. 105-106.

²⁴⁶ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso** ..., pp. 360-361.

²⁴⁷ Flávia Piovesan afirma que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traz em seu bojo a marca da indivisibilidade dos direitos fundamentais afirmando que estes representam "uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais." (PIOVESAN, Flávia. Direitos

Outrossim, parece ser inegável que existe no sistema constitucional brasileiro verdadeira unidade dos direitos fundamentais o qual impõe que os direitos fundamentais não sejam interpretados de forma isolada, mas, sim, de forma integrada, o que lhes proporcionará força e vinculatividade capaz de proporcionar respostas jurídicas adequadas para os eventuais conflitos de interesses.

Apresentados os aspectos mais relevantes relacionados ao regime jurídico dos direitos fundamentais, é chegada a hora de apresentar o que a doutrina entende por direitos fundamentais.

3 CONCEITO E GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 CONCEITOS E DEFINIÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Gregorio Peces-Barba Martínez a definição de direitos fundamentais pode se dar sob dois pontos de vista: um *objetivo* e outro *subjetivo*. Do ponto de vista *objetivo*, os direitos fundamentais são o conjunto de normas de um ordenamento jurídico que formam um subsistema deste, fundadas na liberdade, na igualdade, na seguridade, na solidariedade, expressões da dignidade do homem, que formam parte da norma básica material de identificação do ordenamento, e constituem um setor da moralidade procedimental positivada, que legitima o Estado

humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. *In* **Dos Princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. Org.: George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 180.)

Segundo a autora, Hector Gros Espiell afirma que: “Só o reconhecimento integral de todos estes direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação.” (Idem. p. 182)

²⁴⁸ Ainda José Casalta Nabais só que relacionando-se a Constituição Portuguesa:

“Não obstante esta diversidade de regime jurídico-constitucional, o conjunto dos direitos fundamentais da Constituição Portuguesa assenta numa unidade de sentido, que é um princípio de valor: a dignidade da pessoa humana, individual ou institucionalmente considerada. Isto é, na base dos direitos fundamentais – de *todos* os direitos fundamentais: quer dos direitos e liberdade tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais -, está a concepção que toma a pessoa humana como princípio e fim da sociedade e do Estado.” (NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade** ..., pp. 72-73.)

Social e Democrático de Direito²⁴⁹. Do ponto de vista *subjetivo* podem ser definidos como aqueles direitos subjetivos, liberdades, potestades ou imunidades que o ordenamento positivo estabelece, de proteção a pessoa, no que se refere a sua vida, a sua liberdade, a sua igualdade e não discriminação, a sua participação política e social, a sua promoção, a sua seguridade, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete a livre eleição de seus planos de vida (de sua moralidade privada), baseada na moralidade da liberdade, da igualdade, da segurança jurídica e da solidariedade, exigindo o respeito, ou a atitude positiva do poderes públicos ou das pessoas individuais ou dos grupos sociais, com possibilidade de reclamar seu cumprimento coativamente em caso de desconhecimento ou violação²⁵⁰.

Para Antonio Enrique Pérez-Luño os direitos fundamentais²⁵¹ podem ser vistos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam ou determinam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional²⁵².

No Direito Português Jorge Miranda entende que direitos fundamentais são os direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, esteja seu assento na Constituição formal ou material²⁵³.

Ainda em terras lusitanas, José Joaquim Gomes Canotilho vê os direitos fundamentais como os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Seriam esses os “direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”²⁵⁴.

No Chile, Máximo Pacheco Gómez nominado os direitos fundamentais de “direitos fundamentais da pessoa humana”, afirma que esses direitos são aqueles

²⁴⁹ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso** ..., p 469.

²⁵⁰ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso** ..., p. 469.

²⁵¹ O autor prefere a expressão *direitos humanos*.

²⁵² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos humanos**, ..., p. 48.

²⁵³ MIRANDA, Jorge. **Manual** ..., Tomo IV. p. 7.

²⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** ..., p. 393.

que toda pessoa humana possui pelo só fato de sê-la e estes devem ser reconhecidos e garantidos pelo Estado sem nenhuma discriminação social, econômica, jurídica, política, ideológica, cultural ou sexual, sendo que tais direitos se encontram vinculados diretamente a dignidade da pessoa humana. O mesmo autor faz questão de conjugar a essa definição mais algumas precisões. Para ele, em nenhum caso a ideia de que existam direitos fundamentais a toda pessoa implica reivindicar uma tábua interminável de direitos sem nenhum controle em seu reconhecimento, senão que esses se refiram somente aos direitos mais essenciais do indivíduo em relação com o pleno desenvolvimento da dignidade humana²⁵⁵.

No Direito Italiano Luigi Ferrajoli propõe uma definição puramente teórica de direitos fundamentais pelo que afirma que seriam direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoa, de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendendo-se por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adstrita a um sujeito por uma norma jurídica; e por *status* a condição de um sujeito, prevista assim mesmo por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas²⁵⁶.

No direito brasileiro, em meados da década de cinquenta, Antônio de Sampaio Dória, professor da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, definia direito fundamental com uma conexão muito estreita ao direito natural. Eis o pensamento daquele autor:

Direito fundamental é o direito inerente à personalidade humana, é a ausência de constrangimento para toda actividade que não destrua, nem embarace a conservação do homem e da sociedade. Os direitos fundamentais, os homens os têm, só por serem homens, como o de vida, o de locomoção, o de associação, o de pensamento, o de possuir. Nenhum título legal, ou acto aquisitivo, é condição para a existência destes direitos.²⁵⁷

²⁵⁵ GÓMEZ, Máximo Pacheco. El concepto de derechos fundamentales de la persona humana. *In Liber Amicorum – Héctor Fix-Zamudio*. Org.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apres.: César Gaviria. Vol. I. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998. p. 45.

²⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. 5. ed. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2006. p. 37.

²⁵⁷ SAMPAIO DÓRIA, Antonio de. **Direito constitucional**. 5 ed., rev. Vol. 1. Segundo Tomo. São Paulo: Max Limonad, 1962. p. 708.

Também no Brasil Ingo Wolfgang Sarlet vê os direitos fundamentais como todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integrados ao texto da Constituição e, por tal motivo, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, puderam ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal²⁵⁸.

Esse conceito não difere muito do proposto por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, os quais definem direitos fundamentais como: “direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais (...) que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”²⁵⁹

Essas seriam as definições encontradas no seio da doutrina relacionada ao conceito de direitos fundamentais.

3.2 AS VÁRIAS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Finalizando o intento perseguido neste primeiro capítulo do trabalho (apresentação dos traços mais importantes relacionados ao regime e ao conteúdo dos direitos fundamentais) convém verificar a evolução dos direitos fundamentais.

Initio litis destaque-se que há importante parcela da doutrina que critica a utilização do termo *gerações* para denominar a evolução e transformação dos direitos fundamentais no decorrer dos anos²⁶⁰. Nada obstante reconheça-se que os

²⁵⁸ In **A eficácia** ..., p. 89.

²⁵⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

²⁶⁰ Canotilho critica o termo por entender que a pré-compreensão que lhes está subjacente, sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos das primeiras gerações. A idéia de *generatividade geracional* também não seria totalmente correta no pensamento do autor lusitano pois para ele todos os direitos são de todas as gerações e não de uma só. Em terceiro lugar, Canotilho entende que não se trata apenas de direitos com um suporte coletivo – o direito dos povos, o direito da humanidade. Neste sentido se fala de *solidarity rights*, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão “indimensionável” dos direitos econômicos, sociais e culturais. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** ..., pp. 386-387.)

argumentos dos que criticam a expressão sejam razoáveis prefere-se, neste trabalho, adotar a designação *gerações* para demonstrar a evolução de direitos fundamentais na História por duas razões básicas: i) o termo *gerações* está profundamente arraigado na cultura jurídica sendo utilizado tanto na doutrina e na jurisprudência de forma sobrepujante sem que, com isso, tenha se visualizado o seu enfraquecimento, ou mesmo, a substituição de uma *geração* por outra; ii) a utilização do termo *dimensão* nessa parte do trabalho poderia gerar confusão terminológica com o sentido de dimensão desenvolvido no item “2.3”. Frente a tais motivos, escolheu-se o termo *geração* para designar os períodos evolutivos e de desenvolvimento relacionado aos direitos fundamentais. Feita esta ressalva, apresente-se a evolução dos direitos fundamentais e as gerações até agora conhecidas.

Há na escala evolutiva do direito constitucional legislado ao longo dos séculos várias gerações sucessivas de direitos fundamentais os quais, passando da esfera subjetiva do indivíduo para as regiões da objetividade, buscam reconciliar e reformar a relação do indivíduo com o poder, da sociedade com o Estado, da legalidade com a legitimidade, do governante com o governado. Ou seja, os direitos fundamentais não foram criados e positivados todos de uma vez. Tampouco o foram da mesma forma, com a mesma natureza e idêntico alcance. Segundo Norberto Bobbio “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”²⁶¹ Daí porque Allan Rosas, citado por Flávia Piovesan, afirma que “o conceito de direitos humanos é sempre progressivo. (...). O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente”²⁶².

Nascidos que foram de forma gradual e na medida das carências e exigências das sociedades, proporcionaram à doutrina separar-lhes, ou classificar-lhes, em

Ingo Wolfgang Sarlet também prefere a utilização da designação dimensões no lugar de gerações: **A eficácia ...**, p. 55.

²⁶¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** ..., p. 5.

²⁶² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. *In* **Dos Princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** George Salomão Leite [Org.]. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 181.

várias gerações, surgindo daí classificações indicando uma série ainda inacabada de gerações de direitos fundamentais.

Apresentem-se elas.

3.2.1 Direitos de primeira geração

Como se mencionou há pouco, a mutação histórica dos direitos fundamentais tem determinado a aparição de sucessivas gerações de direitos. Nas palavras de Hannah Arendt os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução²⁶³.

Nesse processo de construção e reconstrução parece adequado afirmar que os direitos fundamentais nasceram com a modernidade no seio da atmosfera iluminista que inspirou as revoluções burguesas do século XVIII²⁶⁴.

Associada ao ineliminável caráter iluminista prevalecente na época, a caracterização liberal dos direitos fundamentais concebe-os essencialmente como esferas de autonomia a preservar o cidadão da intervenção do Estado. A sua realização não pressupunha a existência de prestações estatais, mas apenas a garantia das condições que permitiriam o livre encontro das autonomias individuais. Em poucas palavras, o Estado serve, mas há que refreá-lo, por isso os direitos fundamentais são essencialmente defensivos²⁶⁵.

Enquanto objetivo central de um projeto de racionalização dirigido contra o Estado absoluto, os direitos fundamentais assumiam, naturalmente, o caráter de direitos contra o Estado, de garantias da autonomia individual contra as invasões do Soberano. Ou seja, de acordo com a classificação de Jellinek eram vistos como

²⁶³ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: totalitarismo, o paroxismo da origem do poder. Trad.: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1979.

²⁶⁴ Nada obstante parcela relevante da doutrina entenda que os direitos fundamentais tenham seu nascedouro em momento muito anterior a esta época, remontando ao período axial da História. Nesse sentido Fábio Konder Comparato (**A afirmação histórica** ..., pp. 2-20) e André Ramos Tavares (**Curso** ..., p. 411)

²⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. in **Novo Código Civil**: questões controvertidas. Coords.: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 107. Vol. 6.

direitos à liberdade, reconduzíveis a um *status* negativo do indivíduo, a uma esfera livre da intervenção estatal onde se prosseguem fins estritamente individuais²⁶⁶.

Aparece aqui uma primeira função bem definida dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – qual seja a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coativos). Os direitos fundamentais cumprem assim a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: i) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; ii) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte deles (liberdade negativa)²⁶⁷.

Este então seria o traço característico dos denominados direitos de primeira geração: direitos do indivíduo contra o Estado. Dirigidos a provocar uma abstenção do Estado daí por que também serem chamados de direitos de cunho negativo, ligados a idéia de omissão, de não intromissão²⁶⁸.

Dita matriz ideológica individualista sofre um amplo processo de erosão e impugnação com as lutas sociais do século XIX. O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo, acabaram gerando amplos movimentos reivindicatórios provocando e propugnando um comportamento não só passivo mas, também, ativo do Estado²⁶⁹.

²⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo** ..., pp. 73-74.

²⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** ..., p. 407.

²⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia** ..., p. 51. Além de Ingo e dos autores anteriormente citados confira-se ainda: PECES-BARBA, demonstrando a concepção liberal nos modelos ingleses, americano e francês de direitos fundamentais. **Curso** ..., pp. 146-154. TAVARES, André Ramos. **Curso** ..., p. 428. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Direitos fundamentais** ..., pp. 51-53; BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. *In Teoria Constitucional da democracia participativa*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 353. CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. *In Direito constitucional contemporâneo*. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Coord.: Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 51.

²⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia** ..., p. 52.

Nasciam assim os denominados direitos de segunda geração: os direitos econômicos, sociais e culturais. Esses direitos alcançam sua paulatina consagração jurídica e política com a substituição do Estado liberal de Direito pelo Estado social de Direito²⁷⁰.

3.2.2 Direitos de segunda geração

Os direitos fundamentais de segunda geração são representados pelos direitos sociais, culturais e econômicos, além dos direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do último século. Nasceram abraçados com o princípio da igualdade, do qual não se podem separar pois, fazê-lo, equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula²⁷¹.

A nota distintiva dessa classe de direitos, sem sombra de dúvidas, é a sua dimensão positiva, uma vez que com eles não se cuida mais só de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”²⁷².

Dessa forma, os denominados direitos de segunda geração caracterizam-se por outorgar ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como a assistência social, saúde, educação, trabalho, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas²⁷³. Entretanto, não se resumem a isso, pois também englobam as chamadas “liberdades sociais”, como são exemplos a liberdade de sindicalização; o direito de greve, dentre outros. A segunda geração dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional²⁷⁴.

²⁷⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. in **Revista Del Centro de Estudios Constitucionales**. n. 10. setembro-dezembro de 1991. p. 203.

²⁷¹ BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização ..., p. 354.

²⁷² Celso LAFER in **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 127.

²⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia** ..., p. 57.

Seguindo essa evolução cronológica dos direitos fundamentais, pode se destacar uma outra geração de direitos fundamentais, os direitos fundamentais de terceira geração.

3.2.3 Direitos de terceira geração

Para Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais de terceira geração, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos de indivíduos (família, povo, nação) caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa²⁷⁵. Poderiam ser identificados como os direitos à paz, a autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito da comunicação²⁷⁶.

No entendimento de Pérez-Luño os direitos de terceira geração seriam representados em princípio, pelos direito a paz, a qualidade de vida e a liberdade informática. Entretanto estes não seriam os únicos direitos que conformariam a terceira geração, ainda que se mostrem como os mais representativos e consolidados. Junto a eles se apresentam também outros direitos de muita heterogênea significação, tais como: as garantias frente à manipulação genética; o direito de morrer com dignidade; o direito ao desfrute do patrimônio histórico e cultural da humanidade; o direito dos povos ao desenvolvimento; o direito à troca de sexo; dentre outros²⁷⁷.

A solidariedade também é o traço marcante dos direitos de terceira geração para Canotilho. Para ele, estes direitos, nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento e o direito ao patrimônio comum da humanidade, pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o atuar ativo de cada um e

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...**, p. 58.

²⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...**, 3 ed. p. 54.

²⁷⁷ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. ..., pp. 209-210.

transportam uma dimensão coletiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: direitos dos povos²⁷⁸.

Na mesma toada, Louis Favoreau, para quem os direitos fundamentais de terceira geração se assentam no marco da solidariedade, inserindo-se dentre eles os direitos à paz, ao desenvolvimento, a um meio ambiente saudável, dentre outros²⁷⁹.

Para Paulo Bonavides os direitos de terceira geração se assentam sobre a fraternidade. Para ele, esses direitos criam um novo pólo jurídico de alforria do homem. Ele se acrescenta historicamente aos direitos de liberdade e de igualdade. Dotados que são de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem assim a se cristalizar no século XXI como direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Para o mesmo autor, os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade²⁸⁰.

Em resumo, os direitos de terceira geração estão intimamente ligados a ideia de *solidariedade* e de *fraternidade*.

3.2.4 Direitos de quarta, quinta e demais gerações

Ao se ultrapassar a barreira dos direitos de terceira geração, começa-se a adentrar em terreno por demais espinhoso, quiçá até pantanoso, dado o dissenso

²⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional ...**, p.. 386

²⁷⁹ FAVOREAU, Louis. Quelques Considérations Sur Les Droits de L'Homme. In **Liber Amicorum – Héctor Fix-Zamudio**. Org.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apres.: César Gaviria. Vol. I. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998. p. 670.

²⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. In **Teoria Constitucional da democracia participativa**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 356.

doutrinário em aceitar a existência desses direitos e a admissão de qual seria o conteúdo dos mesmos. Demonstre-se.

Uma primeira dificuldade é enfrentada quando se tenta estabelecer quais direitos seriam de *terceira* geração e quais direitos seriam de *quarta* ou *outras* gerações.

Quanto a dificuldade de enquadramento de um direito como sendo de terceira ou de quarta geração pode se exemplificar o direitos a paz, ao desenvolvimento e ao meio ambiente. Enquanto uma parcela doutrinária entende que esses direitos seriam verdadeiros direitos de terceira geração (vide item 4.2.3.), outra parcela doutrinária (v.g. Gregorio Peces-Barba Martínez), entende que tais direitos seriam na realidade direitos de quarta geração²⁸¹.

Não fosse a divergência no tocante a seu enquadramento, polêmica existe também relacionada em saber se alguns dos “novos direitos” chamados como fundamentais são realmente direitos fundamentais.

Como se sabe diante da evolução tecnológica; da fertilização *in vitro*; da doação de espermias; do armazenamento de embriões congelados; do descarte de embriões congelados; da propriedade dos embriões com relação à doadores, receptadores e laboratórios; da clonagem; da eutanásia; novos problemas se apresentam ao jurista, exigindo deste novas interpretações para que se faça justiça²⁸². Nas palavras de Eliana Calmon: “As descobertas científicas e os avanços tecnológicos praticamente colocam o mundo em perplexidade com os valores sociais e éticos das três gerações de direito até aqui delineadas.”²⁸³ Motivo pelo qual a mesma autora informa que as exigências sociais chegaram a um nível de sofisticação tal que o regramento da vida do indivíduo e da sociedade na qual ele se insere tornou-se insuficiente, sendo necessário ordenar, reger e disciplinar o espaço

²⁸¹ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso** ..., p. 183. Com justificativas mais profundas às pp. 184-196.

²⁸² RAMOS, Dircêo Torrecillas. Direitos fundamentais nas crises. *in* **Direito constitucional contemporâneo**. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Coord.: Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 491.

²⁸³ CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. *In* **Direito constitucional contemporâneo**. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Coord.: Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 154.

físico e o meio ambiente. Assim, a preocupação apresentada não é mais pela vida, mas pela qualidade de vida²⁸⁴.

Esse aumento indiscriminado de direitos traz inegavelmente problemas. Para respeitável parcela doutrinária alguns dos chamados *novos* direitos sequer são direitos fundamentais. Não fosse isso, esses *novos* direitos, provocam o alargamento das gerações dos direitos fundamentais o que pode ocasionar o enfraquecimento dessa tão importante categoria.

Para José Casalta Nabais o surgimento de novas dimensões de direitos fundamentais (o autor chama-as de “camadas”) favorecem o enfraquecimento dos próprios direitos fundamentais. Nabais entende que:

na verdade, começa-se justamente hoje a questionar se àquelas não são de acrescentar outras camadas, como a das chamadas ‘novas liberdades’ desencadeadas pelas novas tecnologias, que podemos designar por camadas dos *direitos diacrónicos*, uma espécie de direitos universais no tempo cuja manifestação paradigmática seriam os direitos das gerações futuras ou direitos intergeracionais expressão da solidariedade intergeracional, ou ainda, dando mais um passo nessa verdadeira corrida a novos filões jusfundamentais e caminhando para fora do próprio universo da espécie humana, a camada dos *direitos dos animais* ou mesmo a camada dos direitos das plantas que traduziria uma solidariedade interespecies animais ou interespecies vivas.²⁸⁵

Para o mesmo Nabais nenhuma destas camadas configura verdadeiramente novos direitos fundamentais, constituindo a primeira tão-só novas dimensões dos direitos e liberdades clássicas e sendo as outras duas, cada uma delas em termos de resto bem diferenciados, uma expressão do imperativo da preservação da

²⁸⁴ CALMON, Eliana. As gerações ..., p. 154.

²⁸⁵ A primeira relacionada aos direitos liberais (ou liberdades) fruto das revoluções e próprias do Estado liberal. A segunda relacionada aos direitos de participação política resultante da revolução democrática e própria do Estado democrático. A terceira relacionada aos direitos sociais produtos do Estado social, os quais, de um ponto de vista estrutural, originaram- na só um novo tipo de direitos (direitos fundamentais a proteções do Estado), mas também acrescentaram novos direitos, liberdades e garantias com estrutura das liberdades clássicas (como os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores). E, finalmente, a quarta camada que agregaria os direitos “ecológicos” caracterizados sobretudo pela sua grande diversidade, pelo seu caráter “poligonal” ou “multidimensional” (quanto aos seus titulares ativos, aos seus titulares passivos ou destinatários e ao seu conteúdo) e pela sua natureza internacional ou planetária (já que a sua plena efetivação não se satisfaz com o limitado quadro nacional, passando necessariamente pela comunidade internacional ou, ao menos, por uma especial cooperação supranacional ou regional).

espécie humana no presente e no futuro²⁸⁶. Daí porque o autor propugna que se faça um processo de purificação dos direitos fundamentais²⁸⁷.

A mesma preocupação (expansão indefinida dos direitos fundamentais) é encontrada no pensamento de José de Oliveira Ascensão. Para o autor português a vocação das listas constitucionais de direitos fundamentais torna-se cada vez mais a de consolidar as reivindicações de grupos de interesses – indo portanto num sentido diametralmente oposto ao da consagração nuclear do primado da pessoa. A ampliação do número de direitos fundamentais tem como consequência a diluição da categoria, cada vez mais só formalmente definível. Cada novo direito apaga mais um tanto a marca do que é verdadeiramente fundamental. E, com essa degradação, consagram-se como direitos fundamentais aspectos que exprimem pretensões de grupos ou classes que não atendem, ou inclusivamente podem ser contrários, à dignidade da pessoa humana. Para Ascensão a evolução no plano internacional é talvez ainda mais preocupante pois a multiplicação de declarações não serve propriamente aos direitos humanos, mas sim a propósitos específicos das organizações de que promanam, ou de quem as domina. A afirmação dos direitos do homem serve então como pretexto para a ingerência dos países dominantes noutros países: porque, não por razões contingentes mas por razões estruturais, não é possível supor um uso da força no domínio internacional que não seja uma emanção dos mais fortes. Mas não são os mais fracos quem tem maior propensão para violar os direitos humanos, são aqueles que têm a segurança da impunidade. Fortalecem-se assim as grandes potências com o papel de juízos e correção dos procedimentos de outros países²⁸⁸.

Entretanto convém destacar em arremate que, para Pérez-Luño, estas ambiguidades apesar de gerarem dúvidas sobre a oportunidade destes novos

²⁸⁶ NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. pp. 106-107.

²⁸⁷ A proposta de Nabais para uma purificação do conceito de direitos fundamentais implica tanto “a sua autoconceção face aos actuais entusiasmos de panjusfundamentalização como um maior sentido do concreto e do real, de modo a que os direitos fundamentais se centrem efectivamente na pessoa de carne e osso e não num seu qualquer estereótipo. Ou o que é a mesma coisa, depois de uma tão perlongada luta pela quantidade, impõe-se agora sobretudo um efetivo combate pela qualidade jusfundamental dos direitos.” (NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade** ..., p. 119.)

²⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade ..., p. 110.

direitos e até terem contribuído para que se lhes impugne a condição de legítimos direitos fundamentais, não pode privar tais direitos de tutela jurídico-fundamental, pois as mesmas representam algumas das necessidades mais radicais sentidas pelos homens e pelos povos ao mesmo tempo²⁸⁹.

Toda esta celeuma doutrinária serve para demonstrar que “o debate doutrinário sobre a teoria dos direitos fundamentais não tem limites.”²⁹⁰ Mas, o que de positivo surge nessas investigações é a constatação de que as ciências jurídica e política estão preocupadas em buscar e fixar postulados que consagrem os direitos fundamentais do Homem de acordo com as realidades por ele vivenciadas, na época atual, no ambiente social²⁹¹. Até porque, como relembra Vieira de Andrade, todo o traçado histórico do sistema de direitos fundamentais no tempo demonstra que este está em permanente transformação na busca de um “estatuto da humanidade”²⁹².

Apresentada esta última e importante característica dos direitos fundamentais, finaliza-se esta primeira parte do trabalho cujo intento era o de apresentar o regime jurídico dos direitos fundamentais para, no próximo capítulo analisar com maior profundidade o direito fundamental à intimidade tanto na perspectiva do direito constitucional, quanto na perspectiva do direito privado. Siga-se esse intento.

²⁸⁹ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Las generaciones** ..., p. 210.

²⁹⁰ DELGADO, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia. Estudo em homenagem ao Ministro Adhemar Maciel, por ocasião de sua aposentadoria, sob a coordenação do Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Acessível em: [HTTP:bdjur.stj.gov.br](http://bdjur.stj.gov.br). p.35.

²⁹¹ DELGADO, José Augusto. A evolução conceitual ..., p.35.

²⁹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Direitos fundamentais** ..., p. 68.

CAPÍTULO 2

1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA RELACIONADA À PREOCUPAÇÃO DA SOCIEDADE COM O BEM JURÍDICO INTIMIDADE

O direito à intimidade, catapultado que foi à condição de direito fundamental na Constituição Federal de 1988²⁹³ alcançou importância jurídica até então nunca experimentada no cenário brasileiro. No entanto a condição atual de direito fundamental não autoriza esquecer que o galgar desse direito até o ápice da escala normativa não se deu da noite para o dia.

A intimidade, tal como tantos outros direitos de personalidade, só alcançou lugar de destaque nas ordens jurídicas ocidentais recentemente²⁹⁴. É certo que na antiguidade clássica²⁹⁵ os indivíduos experimentavam momentos de intimidade, de privacidade²⁹⁶. Contudo a intimidade, naquela época, não necessitava de uma proteção jurídica tão intensa e significativa a ponto de constar expressamente em textos legais. As razões para que a intimidade não fosse objeto de preocupação mais aguda eram muitas, dentre as quais pode se destacar: i) a densidade demográfica daquelas sociedades era relativamente pequena, o que, por consequência, diminuía a possibilidade de existirem maiores atritos entre os indivíduos²⁹⁷; ii) a onipotência do Estado era tão grande a ponto de que o indivíduos

²⁹³ Inciso X, do artigo 5º. A sua qualidade de direito fundamental será melhor demonstrada e explorada no item “4” do presente trabalho.

²⁹⁴ GIANOTTI, Edoardo. **A tutela constitucional da intimidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 2.

²⁹⁵ Por antiguidade clássica entenda-se as culturas greco-romana.

²⁹⁶ Nesse sentido Pilar Gómez Pavón: “(...) la intimidad es un concepto que ha ido evolucionado con el transcurso del tiempo, aún cuando la necesidad de salvaguardar del conocimiento ajeno zonas de la propia personalidad se haya manifestado desde antiguo.” (PAVÓN, Pilar Gomez. **La intimidad como objeto de protección penal**. Madri: AKAL, 1989. p. 8.)

²⁹⁷ Esclarecedora a constatação de Edoardo Gianotti para quem:

“Tentar localizar nas antigas instituições gregas e romanas as origens históricas da tutela à intimidade, embora nelas reconhecendo algumas indicações de sua natureza, é elaborar um raciocínio inadequado. Os espaços naturais eram, então, amplos, as populações de reduzida expressão numérica. Não havia pressões sociais que pudessem despertar no indivíduo o desejo do isolamento, a vontade de estar só. Era na própria natureza que o homem encontrava sua expressão íntima. O isolamento seria provavelmente considerado uma excentricidade.” (GIANOTTI, Edoardo. **A tutela constitucional da intimidade** ..., p. 14.)

não conheciam verdadeiramente uma liberdade individual²⁹⁸; iii) a fraternidade entre os participantes daqueles comunidades era mais latente uma vez que existia ali o mito do ancestral comum²⁹⁹ o que permitia uma maior identificação entre os indivíduos que ali conviviam; iv) no campo da política, não se experimentava ainda a sobreposição e inter-relação tão intensa das esferas pública, privada e social³⁰⁰.

Dessa forma, não divergem os autores em reconhecer que o sentido de intimidade e a verdadeira preocupação com a proteção jurídica desse interesse pessoal é visualizada com a intensidade que atualmente se conhece tão somente na Era Moderna³⁰¹.

²⁹⁸ Segundo notícia Foustel de Coulanges nas sociedades antigas a onipotência do Estado era tão grande que os antigos não conheciam verdadeiramente a liberdade individual. A cidade havia sido fundada como uma religião e constituída como uma igreja, sendo que era daí que ela extraía sua força e onipotência sobre seus membros. A sociedade estabelecida sobre tais princípios fazia com que a liberdade individual não pudesse existir. O cidadão estava em tudo, submetido à cidade, sem reserva alguma; pertencia-lhe inteiramente. A religião, que dera origem ao Estado, e o Estado, que sustentava a religião, apoiavam-se mutuamente e formavam um só corpo; esses dois poderes associados e vinculados constituíam um poder quase sobre-humano, ao qual a alma e o corpo se achavam igualmente submetidos. (COULANGES, Numa Demis Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Trad.: Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975. p. 182.)

²⁹⁹ Segundo Edgar Morin a restrita densidade demográfica das sociedades antigas gerava a ideia da existência de uma espécie de “superego da coletividade”, sobretudo porque essas sociedades eram regidas pelo mito do ancestral comum, que encorajava a fraternidade entre os membros. (MORIN, Edgar. **Cultura e barbaria européias**. Trad.: Daniela Cerqueira. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. p. 16.)

³⁰⁰ Como se demonstrará no item “3” do presente trabalho uma das maiores dificuldades na defesa da intimidade é delimitar o que é *público*, o que é *privado* e o que é *social*, pois dependendo do enquadramento é que o fato ou a informação poderá (ou não) ser divulgado. O problema na verdade consiste na dificuldade em se enquadrar um fato ou informação em uma só dessas categorias uma vez que as mesmas na maioria das vezes se mostram fluidas e inter-relacionadas. Igualmente porque como se verá igualmente no item “3” o surgimento da esfera social provoca grande dificuldade em delimitar-se o público e o privado.

Essa dificuldade não é sentida na Antiguidade uma vez que ali os espaços estavam bem delimitados. Segundo Norberto González Gaitano não havia reflexão sobre a intimidade antes da Idade Moderna uma vez que a intimidade estava assegurada na esfera privada que, por sua vez, também restava assegurada por ser a condição de possibilidade da vida política. (GAITANO, Norberto Gonzalez. **El deber de respeto a la intimidad**: información pública y relación social. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1990. p. 40.)

³⁰¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 48. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 2 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. pp. 263-264. CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 40. ALVES, Marina Vitorio. Direito à intimidade e à vida privada: os contornos da individualidade no mundo contemporâneo. In **O direito à vida digna**. Coord.: Carmen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 216. PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 322.

Na Modernidade, o ponto de partida relacionado à preocupação com a defesa da intimidade se dá em meados de século XVIII com a ascensão do movimento denominado romantismo³⁰². Um dos maiores expoentes desse movimento foi Jean-Jacques Rousseau, considerado por muitos como o precursor da defesa da intimidade³⁰³. Rousseau, sentindo-se premido pela pressão da sociedade franco-burguesa procurou criar meios de defesa da intimidade. Para Rousseau o íntimo era uma forma subjetiva da existência humana que revelava os intermináveis conflitos do indivíduo. Sua incapacidade de sentir-se à vontade na sociedade ou de viver completamente fora dela. Seus estados de ânimo. Seu espírito em constante mutação. Enfim, o radical subjetivismo de sua vida emocional³⁰⁴. Dada essa particularidade não seria admissível para Rousseau que a sociedade avançasse sobre esse excelso espaço de subjetivismo que era a intimidade. Era necessário resguardar-lhe de ingerências externas. Diante disso, Rousseau desenvolve uma nova forma de linguagem (o romance) e uma nova forma do indivíduo de se conhecer³⁰⁵. Desenvolvia assim um embrião da proteção da intimidade.

Apesar dos esforços de Rousseau e as conquistas realizadas pelo romantismo é certo que a intimidade não logrou alcançar um lugar de maior destaque nas ordens jurídicas daquela época uma vez que as pressões sociais não

³⁰² Em poucas palavras o romantismo pode ser visto como um movimento intelectual pelo qual se buscava uma *révanche* do sentimento, onde se procurava ver o homem além do que o puro ser “pensante”. Era um movimento que se opunha dessa forma ao racionalismo cartesiano. (SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. 2 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005. p. 83.)

³⁰³ Hannah Arendt e Celso Lafer identificam Rousseau como o primeiro defensor da intimidade (ARENDT, Hannah. **A condição humana** ..., p. 48; LAFER, Celso. **A reconstrução** ..., p. 264.) Por outro lado Pérez-Luño indica que na Espanha Truyol y Serra e Ramón Villanueva Etcheverría defendem que raízes anteriores da intimidade seriam encontradas nos escritos de Santo Agostinho motivo pelo qual tais autores identificam Santo Agostinho como sendo o primeiro ocidental a conhecer e defender a intimidade. (PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 321.) Também atribui a Santo Agostinho a origem de defesa da intimidade Norberto González Gaitano em seu livro **El deber de respeto** ..., pp. 39-40.

³⁰⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Trad.: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. pp. 48-49.

³⁰⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 2 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 266. Explica Celso Lafer que para alcançar seus propósitos Rousseau precisava inventar um novo tipo de linguagem, graças à qual a palavra não reproduziria uma realidade preexistente, mas produziria uma verdade interior autêntica no seu livre desenvolvimento. Este pacto perigoso do eu com a linguagem, por meio do qual o ser humano se faz Verbo, é a descoberta de Rousseau, que o levou ao projeto de fazer da literatura, enquanto narrativa, o lócus da experiência original, reveladora da autenticidade do imediato. (LAFER, Celso. **A reconstrução** ..., p. 266.)

eram ainda tão grandes e ameaçadoras como as que atualmente se experimenta além do que a intimidade era vista muito mais como privilégio do que propriamente direito³⁰⁶.

A preocupação com a intimidade jaz adormecida até meados do século XIX quando volta a rondar a mente dos juristas. Para isso, vários fatores contribuíram. Apresente-os.

Um primeiro fator que contribuiu para o renascimento da preocupação com a intimidade é a migração dos indivíduos do espaço rural para o espaço urbano. Até fins do século XIX as sociedades poderiam ser consideradas como sociedades predominantemente agrárias. A necessidade de que os indivíduos plantassem para sobreviver (cultura da subsistência) fortalecia a necessidade de que as populações desenvolvessem suas atividades nos espaços rurais. No entanto em fins do século XIX e início do século XX, com o aprimoramento e desenvolvimento de novos aparatos tecnológicos, os quais facilitariam o trabalho na agricultura e aumentariam os padrões produtivos, produzindo, com isso, excedentes de produção, a mão de obra no meio rural passa a se mostrar mais dispensável e, fazendo com que os indivíduos passassem a migrar para as cidades. Várias famílias saem do espaço rural migrando para os espaços urbanos. Isso inegavelmente provoca um inchaço dos espaços urbanos o que instaura, segundo Nelson Saldanha, uma primeira “crise” na forma de convivência entre os indivíduos, a crise “da saturação das estruturas e dos resultados da própria vida urbana”³⁰⁷. Essa saturação dos espaços urbanos provoca a briga pelo espaço e, com isso, um maior atrito entre os participantes da comunidade fazendo com que em alguns casos a intimidade fosse objeto de invasão.

³⁰⁶ Como se demonstrará no capítulo “3” desse trabalho a intimidade demorou a alcançar lugar de destaque nas diversas ordens jurídicas pois foi identificada como sendo uma aspiração da classe burguesa uma vez que surgiu no meio das revoluções liberais de fins do século XVIII.

Nada obstante o movimento de migração em direção às cidades já colocasse em risco a intimidade essa também se vê ameaçada pelo exercício do poder político.

Com a falência do Estado liberal e a sua substituição pelo Estado social cresce a intromissão do Estado no espaço que antes era privado e exclusivo do indivíduo. Ressurge o aforismo jurídico romano de que o público deveria primar sobre o privado, acentuando-se, com isso, a intromissão do Estado nas relações privadas. Sente-se com isso forte ascendência da esfera pública sobre a privada.

O aumento da máquina pública provoca também o aumento do interesse das populações por informações sobre o exercício desse mesmo poder público. Mas não só informações sobre o exercício do poder público passam a ser objeto de interesse das populações urbanas. Também aumenta o interesse dos indivíduos sobre o que ocorre na sua comunidade. Essa curiosidade fomenta o desenvolvimento de novos meios de comunicação social. Esses novos meios de comunicação social surgem e propagam-se com rapidez sem que o sistema jurídico tenha competência para regular-lhes. Diante da ausência de uma sólida regulamentação e da avidez da notícia muitos veículos passam a se intrometer cada vez mais nos espaços privados do cidadão, alegando muitas vezes que a intimidade dos indivíduos poderia ser ofendida em nome do “interesse público”.

Junte-se todos esses ingredientes (revolução urbana; advento do Estado social; primazia do público sobre o privado; fomentação da criação de diversos veículos de comunicação) e se verá o quão ameaçada passa a ser a intimidade do indivíduo.

³⁰⁷ Nelson Saldanha, ao tratar a distinção entre o público e o privado, chama a atenção para várias crises envolvendo as esferas do público e do privado. Dentre as crises, Nelson Saldanha chama a atenção para a chamada “crise da saturação das estruturas urbanas”. Para ele o advento da vida urbana provoca uma profunda mudança nas sociedades a partir do momento em que estas passam a transitar do nomadismo para a revolução agrícola e desta para a revolução urbana. Tem-se aí uma ruptura em face aos modos anteriores de vida. Se por um lado o predomínio da dimensão urbana representou para muitos a história da liberdade, a partir do paralelismo entre vida urbana e vida livre, por outro lado, o conviver nas cidades desencadeou um processo de enfrentamento de inúmeras dificuldades e conflitos entre os indivíduos. O mesmo Saldanha afirma que enquanto no contexto do passado, mais ou menos até o século XIX, o ser humano reconhecia-se a si mesmo dentro de certos parâmetros, no século XX isso muda de figura pois a revolução urbana introduz no indivíduo as imagens da dissimetria e do desequilíbrio. Para Saldanha, o homem mesmo que antes era um parâmetro, inclusive no sentido de proporções físicas, diante das casas (paredes, tetos e portas), diante do casario e das árvores, no século XX se vê espremido e apequenado pelo colossalismo dos edifícios, com a brutal substituição dos estilos pelos tamanhos, com o advento dos “espigões”, enfim, com a desmedida. (SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça** ..., pp. 27 e 128.)

Se nesse contexto a intimidade já se mostrava ameaçada, a partir da década de cinquenta ela passa a ser ainda mais. Contribui para isso o advento das duas Grandes Guerras Mundiais.

As duas Grandes Guerras Mundiais do século XX não foram só palco de atrocidades cometidas contra os indivíduos. Elas foram a justificativa perfeita para que o homem acelerasse o desenvolvimento de novas tecnologias. A medida que a guerra avançava, os exércitos cada vez mais exigiam de seus corpos de inteligência o desenvolvimento de armas que pudessem ajudar a combater o inimigo. Nesse sentido surgem lentes e microfones de alto alcance, binóculos com visão noturna, internet, além de vários outros incrementos tecnológicos que até então se mostravam inimagináveis.

Com o término da Segunda Guerra muitas daquelas invenções dos campos de batalha passam a ser aperfeiçoadas e preparadas para ser postas no mercado civil. Assim, invenções que antes só eram imaginadas no campo da ficção científica ganham corpo e “vida” passando a integrar o rol de instrumentos colocados à disposição do indivíduo para desempenho de suas diversas funções sociais.

Só que aquelas conquistas que foram imaginadas como verdadeiras molas propulsoras do desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, como ampliadoras do domínio do homem sobre a natureza, como meios de aprofundamento do conhecimento humano, revelando-lhe novos rumos de acesso ao conforto³⁰⁸, voltam-se contra ele³⁰⁹. Nesse contexto, a técnica traz consigo uma própria barbárie, uma barbárie que ignora as realidades afetivas propriamente humanas³¹⁰.

³⁰⁸ COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: a tutela penal da intimidade**. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

³⁰⁹ Reconhecem que a tecnologia é um grande perigo para a intimidade e a privacidade do indivíduo: PÉREZ-LUNÓ, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 345 e ss. O mesmo autor em: Cibernética, derecho y sociedade. *In Primera Instancia, Revista de Derecho*, mar. 1982, pp. 26 e ss. WALD, Arnoldo. Sigilo bancário e os direitos fundamentais. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, n. 22, jan./mar. 1998, p. 22. SEGADO, Francisco Fernández. Los nuevos retos en la tutela de los derechos: las amenazas del poder informático y la tutela de los derechos difusos. **Liber amicorum: Héctor Fix Zamudio**. São José da Costa Rica, Volume I, CIDH, 1998, p. 695. DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação** – possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. pp. 28-34. O mesmo autor em: A liberdade e o direito à intimidade ..., pp. 126-130. MARIA, José Serpa Santa. **Direito à imagem, à vida e à privacidade**. Belém: CEJUP, 1994. p. 178.

³¹⁰ MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie européias** ..., p. 13.

Nesse contexto, o cidadão da sociedade tecnologicamente avançada passa a se sentir arrepiado e atemorizado porque presume que as conquistas do progresso se veem contrapostas por graves ameaças à sua liberdade, sua identidade ou, quem sabe, à sua própria sobrevivência³¹¹. Nesse contexto afirma-se que “não há mais lugar para o sofrimento íntimo, recolhido, que os bichos ainda podem sentir na toca. Agora já ninguém é dono de si e do seu pudor. Somos públicos e baldios.”³¹² Afirma-se, igualmente, que o cidadão vive como se estivesse em um verdadeiro aquário³¹³.

Não fossem todos esses ingredientes bastantes para que o indivíduo se mostrasse bastante preocupado com a delimitação de espaço próprio para usufruto de sua intimidade, nas últimas quatro décadas o mundo globaliza-se e a tecnologia avança ainda mais.

Com a globalização a sociedade experimenta a integração e desorganização de mercados, a reordenação das relações de produção, os deslocamentos populacionais, a expansão das redes de comunicação com a multiplicação de informações e imagens, além da ampliação da exclusão social, a fragmentação do mundo do trabalho e ampliação das trocas financeiras³¹⁴. A globalização que é tanto política, quanto tecnológica, cultural e econômica³¹⁵ opera-se de maneira contraditória ou antagônica, de forma não equitativa e está longe de ser inteiramente benéfica em suas consequências³¹⁶, diluindo inegavelmente as fronteiras dos países

³¹¹ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos ...**, p. 345.

³¹² ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal** – uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 89.

³¹³ René Ariel Dotti informa que Beaney, professor americano de renome, em depoimento a subcomitê do Congresso dos Estados Unidos para tratar de problemas decorrentes da invasão da intimidade do cidadão, assim se manifestou nos idos de 1965:

“em vinte ou trinta anos, ninguém se preocupará em levantar questões sobre a intimidade já que aceitaremos como um fato evidente que vivemos num aquário, que não somos homens livres, mas peixes.” (DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito a intimidade. In **Revista de informação legislativa**. ano 17. n. 66. abr./jun. 1980. p. 126)

³¹⁴ RODRIGUES, Celso. A construção do indivíduo e o direito moderno. In **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Coord.: José Carlos Moreira da Silva e Maria Cristina Cereser Pezzela. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 87.

³¹⁵ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007. p. 21.

³¹⁶ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole** pp. 23 e 25.

dando a sensação de que se vive atualmente em um “mundo em descontrole”³¹⁷. Daí não surpreende que maiores ingerências na intimidade dos indivíduos sejam sentidas.

Não fosse isso, a tecnologia que já provocava grandes temores até a década de 1980 avança ainda mais multiplicando de forma exponencial as possibilidades de invasão à intimidade.

A tecnologia proporciona a possibilidade de que hoje instalem-se cada vez mais câmeras de vigilância nos mais variados espaços de convivência (ruas, praças, comércios). Essas câmeras já não se destinam mais a gravar os movimentos. Elas estão sendo programadas para, em breve, identificar emoções e, com isso, prevenir crimes³¹⁸. Automóveis saem de fábrica com computadores de bordo que são considerados por alguns como verdadeiras “caixas-preta”³¹⁹ uma vez que registram todos os movimentos do veículo e podem identificar o que o indivíduo fez ou deixou de fazer. As prateleiras de supermercados estão sendo programadas para se tornarem “prateleiras inteligentes” pelo que produtos vêm acompanhados de microchips os quais fornecem ao supermercadista informações exatas sobre os hábitos dos consumidores³²⁰. Não fosse isso, a internet e a informática, ao mesmo tempo que diminuem espaços, proporcionam os meios propícios para que se invada a intimidade alheia. Se antigamente o invasor da intimidade precisava pular muros e burlar sistemas de segurança para invadir a intimidade alheia, hoje ele tem sua vida facilitada, pois basta instalar um programa malicioso no disco rígido do computador da vítima para visualizar as suas informações pessoais.

³¹⁷ A expressão é de Anthony Giddens em **Mundo em descontrole**.

³¹⁸ Alexandre Freire informa que o governo americano já trabalha em um projeto com câmeras inteligentes que serão capazes de identificar rostos e julgar se as pessoas estão nervosas, alegres, tristes, pensativas ou indiferentes e, com isso, evitar eventuais ataques terroristas ou a prática de crimes. (FREIRE, Alexandre. **Inevitável mundo novo: o fim da privacidade**. São Paulo: Axis Mundi, 2006. p. 81.)

³¹⁹ FREIRE, Alexandre. **Inevitável mundo novo** ..., pp. 84-85.

³²⁰ Essa iniciativa segundo Alexandre Freire já foi adotada pelas redes de supermercados Wall-Mart e Tesco. O Wall-Mart exigiu que seus maiores fornecedores adotassem a tecnologia RFID que em inglês significa identificação via radiofrequência. (FREIRE, Alexandre. **Inevitável mundo novo** ..., pp. 85-86.)

Todos esses ingredientes bem demonstram o quanto a intimidade do indivíduo se vê ameaçada no mundo atual, o que demanda uma resposta jurídica efetiva do ordenamento jurídico.

2 A GRADUAL POSITIVAÇÃO NAS DIVERSAS ORDENS NORMATIVAS DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE³²¹

Dado que a preocupação com a intimidade é uma preocupação recente das sociedades ocidentais não surpreende que a sua inserção nas ordens legais seja mais recente ainda³²². A justificação para tanto parece ser bastante simples: se o próprio conceito de direito é um conceito cultural, ou seja, um conceito de uma realidade referida a valores, uma realidade cujo sentido é o de estar a serviço de valores³²³ e se esse valor (intimidade) não está devidamente arraigado na sociedade, por certo que o mesmo não alcança a importância necessária para sua

³²¹ Privacidade aqui entendida *lato sensu*, incluindo-se, portanto, a intimidade e a vida privada.

³²² Jaime Vidal Martínez, autor espanhol que foi um dos pioneiros no trato deste assunto, em artigo publicado no ano de 1980 logo após a promulgação da Constituição Espanhola de 1978 e antes do advento da Lei Orgânica 1/1982 que regulamentou o direito à honra, à imagem e a intimidade naquele sistema jurídico, já dava conta da escassez de estudos da matéria:

“Con anterioridad a la Constitución, no se contaba en el ordenamiento positivo español con una base legal adecuada para la defensa de los llamados derechos de la personalidad. (...) En esta línea encontramos algunas progresivas sentencias en torno al derecho al honor, que en algún caso pudieran guardar conexión con la temática que aquí nos ocupa, pero la preocupación por la protección de la intimidad no parece surgir propiamente sino en los últimos tiempos. Y así, conforme retrocedemos en esa búsqueda, resultan más difíciles de encontrar textos legislativos, resoluciones judiciales e incluso preocupaciones doctrinales al respecto la intimidad es un bien absolutamente necesario en el vivir humano, pero al igual que sucede con otros bienes necesarios, pero hasta ahora disfrutados, en general, en suficiente medida, es su escasez, y el tremendo peligro que implicaría su posible carencia (...).”

(MARTÍNEZ, Jaime Vidal. La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español. **Revista de Derecho Privado**. Madrid, ano 64, vol. 1, pp. 755-774, jul./ag. 1980. p. 755.)

No mesmo sentido, mais recentemente Pedro Frederico Caldas, para quem:

“Dentro dessa perspectiva histórica, podemos dizer que a existência de uma vida íntima, com fronteiras dilargadas, dotada de postos avançados para impedir a invasão, sub-reptícia ou não, da curiosidade alheia, é um fenômeno recente, embora não se possa afirmar que na antiguidade remota não houvesse um círculo – pequeno que fosse -, onde a intimidade se albergasse”. (CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 40.)

³²³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad.: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 47.

positivação jurídica. Na medida em que a sociedade reconhece o valor de um bem, ele passa a fazer sentido àquela comunidade, passando naturalmente a ganhar espaço na ordem normativa. Daí porque a intimidade demorou a encontrar espaço normativo nas ordens jurídicas. A partir então do momento em que a intimidade foi reconhecido como valor jurídico o mesmo passou a ganhar proteção jurídica.

Muitos autores identificam que a mola propulsora na defesa da intimidade foi o trabalho dos advogados estadunidenses Samuel Warren e Louis Brandeis. A importância e sua influência no pensamento jurídico mundial é inegável³²⁴, motivo pelo qual convém passar os olhos sobre o mesmo e destacar as principais ideias dos autores.

2.1 O TRABALHO DE SAMUEL WARREN E LOUIS BRANDEIS **THE RIGHT TO PRIVACY**

Samuel Warren e Louis Brandeis foram dois prósperos advogados norte-americanos. O primeiro granjeou grande sucesso e admiração pela competência no desenvolvimento de sua atividade e, o segundo, teve mais sucesso ainda na atividade chegando a ascender à mais alta Corte de Justiça daquele país³²⁵.

No final do século XVIII, preocupados com o avanço tecnológico e a avidez da notícia³²⁶, resolveram discutir se haveria algum limite para a intromissão na privacidade do indivíduo.

³²⁴ Benigno Pendás na introdução a versão traduzida para o espanhol do texto **The Right to Privacy** informa que até 1995, de acordo com o mais confiável dos censos norte-americanos (o Fred. R. SHAPIRO), em **The Most-Cited Law Review Articles**, volume 73, 1985, o ensaio **The Right to Privacy** tinha sido citado 256 vezes nas 180 revistas jurídicas norte-americanas de maior prestígio, sendo que o segundo artigo mais citado (**The Path of the Law**), tinha sido citado 240 vezes. (*in El derecho a la intimidad*. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Balsega. Madrid: Civitas, 1995. p. 10.)

³²⁵ Louis Dembitz Brandeis, nascido em Louisville, fez história na vida judiciária americana pois foi o primeiro judeu a ser alçado ao cargo de juiz do Supremo Tribunal americano, e se mostrou um defensor intransigente dos direitos civis, tendo, por tal motivo, sido alcunhado de *the People's Lawyer* por seu trabalho em prol dos menos favorecidos.

Nesse sentido, publicaram na revista especializada **Harvard Law Review**, trabalho doutrinário intitulado **The right to privacy**³²⁷.

Para alguns o trabalho pode ser reconhecido como um esplêndido arrazoado em favor da *privacy* em que se alcança momentos de excelência quando se constrói com rara perfeição um direito “esquisito”: o “*to be let alone*”³²⁸. Para outros o marco inicial da evolução histórica da intimidade naquele país³²⁹.

Para Warren e Brandeis a intensa vida intelectual e emocional da sociedade americana e o maior apreço das sensações trouxeram avanços à civilização. Fizeram o homem notar que só uma parte da dor, do prazer, e do desfrute, residia nas coisas. Constataram assim que, pensamentos, emoções e sensações, exigiam seu reconhecimento legal e, mais ainda, sua proteção legal. Para eles a formosa capacidade de evolução que caracterizava o *common law* permitiria aos juízes outorgar a proteção requerida em favor da privacidade sem que, para isso, fosse necessário a intervenção do legislador³³⁰.

Nessa toada Warren e Brandeis defenderam que não existiria, certamente, dúvida alguma sobre a conveniência (a bem da verdade necessidade) de proporcionar algum tipo de proteção à privacidade do indivíduo, uma vez que a imprensa estava ultrapassando os limites da propriedade e da decência. Acidamente afirmavam que o mexerico e a fofoca tinham deixado de ser ocupação de gente ociosa e depravada, para converter-se em mercadoria, buscada com afinco e, inclusive, descaramento. Para eles o mais íntimo dos detalhes de relações sexuais

³²⁶ Muitos autores entendem que a razão motivadora do desenvolvimento daquele trabalho foi a intromissão da imprensa local na vida do advogado Samuel Warren, principalmente em seu casamento, tendo em vista que Samuel Warren era um próspero advogado casado com a filha de um influente senador americano. Irritado com a crescente invasão à sua privacidade Samuel Warren teria convidado seu então colega de banca para desenvolver trabalho que discutisse os limites da informação, os limites da liberdade de imprensa. Nesse sentido: COSTA, Jr. Paulo José da. **O direito a estar só ...**, p. 12. GIANOTTI, Edoardo. **A tutela constitucional ...**, p. 22.

³²⁷ BRANDEIS, Samuel; WARREN, Louis Dembitz. The right to privacy. in **Harvard Law Review**, vol. IV, n. 5, dez./1890.

³²⁸ PENDÁS, Benigno. Introdução ao trabalho de Samuel Warren e Louis Brandeis **El derecho a la intimidad**. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Balsega. Madri: Civitas, 1995. p. 13.

³²⁹ GIANOTTI, Edoardo. A tutela constitucional da intimidade ..., p. 22.

³³⁰ BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. **El derecho a la intimidad**. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Balsega. Madri: Civitas, 1995. p. 25

dos indivíduos se divulgava nas colunas dos periódicos para a satisfação da curiosidade lasciva das pessoas³³¹.

A intensidade e complexidade da vida que acompanhavam os avanços da civilização, tornava necessário um certo distanciamento do homem do mundo que lhe circundava. A solidão e a intimidade tinham se convertido em algo essencial para a pessoa. Dada essa importância mereciam proteção jurídica.

Para Warren e Brandeis os novos modos e inventos que invadiam a intimidade da pessoa lhe produziam sofrimento espiritual e angústia muito maior do que a que lhe podiam causar os meros danos pessoais³³². O dano originado por tais intromissões não se limitava ao sofrimento daqueles que eram objeto das atividades intromissivas. Alcançavam dimensão muito maior. Tal como em outras atividades do comércio, a oferta criava a demanda sendo que cada grão de fofoca indecente, cochichado pelos meios de comunicação de massa, se converteria em semente de outros e, em proporção direta à sua divulgação, em causa de debilitação dos valores sociais e da moralidade. Para eles, uma fofoca aparentemente inócua, se divulgada ampla e persistentemente, seria uma mal em potência, empobrecendo e pervertendo a própria sociedade³³³. Daí porque pensavam que a trivialidade destruiria, ao mesmo tempo, o vigor do pensamento, e a delicadeza do sentimento humano, sendo que sob sua influência destrutiva não poderia florescer o entusiasmo, nem sobreviver o impulso generoso³³⁴.

Constatado os efeitos negativos da intromissão na privacidade entendiam os autores estadunidenses que o sistema do *common law* deveria garantir a cada pessoa o direito de decidir até que ponto seus pensamentos, sentimentos e emoções poderiam ser comunicados a terceiros, não se admitindo em qualquer hipótese que se forçasse alguém a fazê-lo contra sua vontade³³⁵.

Outrossim, após analisar todo o sistema jurídico do *common law* concluíram que o mesmo albergaria a proteção a um direito à privacidade. Reconhecido o direito

³³¹ Ibid., p. 26.

³³² Ibid., p. 27.

³³³ Id.

³³⁴ Ibid., p. 28.

³³⁵ Ibid., p. 31

à privacidade Warren e Brandeis apontam as seguintes peculiaridades que envolveriam tal direito. Para eles: i) o direito a privacidade em tese não impediria a publicação do que é de interesse público; ii) a finalidade desse direito seria a de garantir aos indivíduos que não se vissem arrastados a uma publicidade indesejável e indesejada; iii) fatos provados que se relacionassem à privacidade somente poderiam ser publicados quando tivessem conexão direta e legítima com a função desempenhada pelo indivíduo na sociedade; iv) todos os homens (públicos ou não) teriam igual direito a manter certas coisas a salvo da curiosidade popular; v) o direito à intimidade decairia com a publicação dos fatos pelo próprio indivíduo ou com a obtenção de seu consentimento; vi) a veracidade do que se publica não é defesa para intromissão na privacidade do indivíduo; e, por fim, vii) a ausência de má-fé de quem publicasse algo não poderia ser usada como defesa pelo fato de que da mesma forma se feriria a privacidade³³⁶.

Os fortes argumentos de Warren e Brandeis não demoraram muito para ser acolhidos nos tribunais americanos³³⁷ e, diante de tal acolhida, ultrapassar os limites do terreno norte-americano espalhando-se para outras ordens jurídicas.

2.2 O DESENVOLVIMENTO DA PROTEÇÃO A PRIVACIDADE E SEU REFLEXO EM ALGUNS TEXTOS LEGAIS

O sucesso e a acolhida do trabalho de Warren e Brandeis nos tribunais americanos aliado, é claro, à sua originalidade, fizeram com que o mesmo fosse divulgado em vários países. Assim, muitas disposições legais que buscaram assegurar ao indivíduo e a entidades vinculadas a ele (a mais visível delas a entidade familiar), um espaço ausente de intromissão e destinado a resguardar este tão importante direito, foram por tal escrito influenciadas.

³³⁶ Ibid., pp. 62-69.

³³⁷ Notícia Edoardo Gianotti que três anos após a publicação do artigo de Warren e Brandeis o Tribunal de Nova York, claramente influenciado por aquele trabalho, acolheu demanda de cidadão contra jornal pelo uso indevido de sua imagem. O tribunal afirmou que ninguém poderia utilizar o nome ou a fotografia de alguém sem sua autorização. Para o tribunal o indivíduo tem o direito a estar só pelo que intromissões arbitrárias em sua privacidade não deveriam ser admitidas. (GIANOTTI, Edoardo. **A tutela constitucional da intimidade** ..., p. 23.)

Dentre os instrumentos legais se destacam alguns bem importantes e que merecem, por tal motivo, ser destacados.

Um desses documentos é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de dezembro de 1948, que categoricamente afirmou que “ninguém será objeto de invasões arbitrárias em sua vida privada”³³⁸.

Não diferentemente a Convenção Européia para a Tutela dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais a qual dispôs em seu artigo 8º que “Toda pessoa tem o direito ao respeito à sua vida privada e familiar, ao seu domicílio e à sua correspondência.”

Igualmente, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que em seu artigo 17 limitou ingerências arbitrárias na vida íntima e privada dos indivíduos³³⁹.

No mesmo sentido a Convenção Americana dos Direitos do Homem, assinada em São José da Costa Rica, a 22.11.1969, protegeu este direito de forma satisfatória em seu artigo 11³⁴⁰.

Na esteira dessas Declarações, muitas outras se sucederam, além do tema ter sido objeto de vários congressos e conferências mundo afora, o que só demonstra a importância do tema na atualidade.

2.3 A INFLUÊNCIA POSITIVA E NEGATIVA DO TEXTO DE WARREN E BRANDEIS NA CONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO E DEFESA DA INTIMIDADE

Os textos normativos anteriormente descritos trazem dois importantes subsídios para a continuidade da discussão: por um lado i) refletem a preocupação

³³⁸ Art. 12. Ninguém será objeto de invasões arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados à sua honra e à sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais invasões ou atentados.

³³⁹ Artigo 17

§1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação.

§2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

³⁴⁰ Art. 11. Direito à vida privada.

1) Toda pessoa tem o direito de ter sua honra respeitada e sua dignidade reconhecida.

2) Ninguém pode ser objeto de interferência arbitrária ou abusiva em sua vida privada, sua família, seu lar ou sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação.

3) Toda pessoa tem um direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

crescente com a defesa da privacidade do indivíduo, sendo que, por outro ii) demonstram a confusão envolvendo os institutos da intimidade e da vida privada. Muito dessa confusão foi gerada pela má interpretação do significativo trabalho de Warren e Brandeis. Explique-se o raciocínio.

Ao desenvolver seu raciocínio, não se sabe se por vontade própria ou não Samuel Warren e Louis Brandeis utilizaram a expressão *right to the privacy* para exprimir a ideia de defesa da privacidade do indivíduo. Assim, não procuram os autores diferenciar *intimidade* de *vida privada*, ou advertir que se referiam a um direito a *privacidade lato sensu* ou *stricto sensu*. Utilizaram a expressão *privacy* para fundamentar todo o seu raciocínio sem se preocupar com eventuais confusões terminológicas que a mesma pudesse originar. A expressão ultrapassou a fronteira estadunidense sendo incorporada por outros estados. Essa incorporação trouxe problemas uma vez que passou-se a utilizar-se indiscriminadamente o termo privacidade como sinonímia de *intimidade* ou de *vida privada*. A partir disso, a confusão reinou em torno dos dois termos persistindo até os dias atuais.

É por isso que se afirma que o estudo de Warren e Brandeis trouxe consigo uma face negativa. A utilização do termo *privacy* em outros ordenamentos diferentes do americano mais confundiu *intimidade* com *vida privada* do que os distinguiu. Daí porque não é de estranhar que no Brasil exista grande divergência doutrinária acerca do conteúdo jurídico protegido pelo inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal³⁴¹.

Essa confusão traz problemas para a defesa da intimidade e, por tal motivo, deve ser enfrentada.

3 UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO: A DIFERENCIAÇÃO ENTRE *INTIMIDADE* E *VIDA PRIVADA*

3.1 A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA EM TORNO DO SIGNIFICADO DAS EXPRESSÕES *INTIMIDADE* E *VIDA PRIVADA* NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

³⁴¹ Como se verá no item 3.1 deste capítulo o inciso X, do artigo 5º, declara que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Da redação desse inciso vertem duas correntes doutrinárias. Uma que entende que intimidade e vida privada são a mesma coisa. Outra que entende que não; que intimidade e vida privada representam bens jurídicos distintos.

A dúvida a ser dirimida nesse momento da pesquisa é a seguinte: seria a *intimidade* uma categoria jurídica autônoma e, como tal, merecedora de tutela específica pela Constituição ou, então, estaria ela inserida em uma categoria jurídica mais ampla, denominada *privacidade* ou *vida privada*? Em outras palavras: *intimidade* e *vida privada* se confundem, sim ou não?

A resposta não é facilmente encontrada na doutrina brasileira.

Autores como Manoel Gonçalves Ferreira F.³⁴², José Cretella Jr.³⁴³, Pedro Frederico Caldas³⁴⁴ e Luciana Fregadolli³⁴⁵ utilizam indistintamente os termos *vida privada*, *intimidade*, *privacidade* ou *resguardo*, como expressões sinônimas, entendendo que o legislador de 1988 visou com o emprego de tais expressões dar a maior abrangência possível a proteção da privacidade do indivíduo. Por tal motivo tais autores entendem ser despicienda quaisquer distinções entre os termos *intimidade* e *vida privada*.

Por outro lado, doutrinadores como René Ariel Dotti³⁴⁶, José Afonso Gomes da Silva³⁴⁷, Elimar Szaniawski³⁴⁸, Tércio Sampaio Ferraz Jr.³⁴⁹, dentre outros,

³⁴² in **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v.1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 35.

³⁴³ CRETELLA JR., José. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. Vol. I. arts. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 257.

³⁴⁴ CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. pp. 42-43.

³⁴⁵ FREGADOLLI, Luciana. O Direito a intimidade. In **Cadernos de Direito Constitucional e política**. n. 19. Ano 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./ju., 1997, pp 196-246. p. 209.

³⁴⁶ A distinção é visualizada em seu texto A liberdade e o direito a intimidade. In **Revista de informação legislativa**. ano 17. n. 66. abr./jun. 1980. p. 132. Apesar de que deve se informar que em outro trabalho, no livro **Proteção da vida privada e liberdade de informação** – possibilidades e limites, do mesmo ano de 1980, o mesmo autor, após reconhecer a necessidade de distinção entre os termos (p. 68), informa que “dentro do âmbito deste trabalho, serão empregadas, indistintamente, as denominações: *direito à vida privada*, *direito à intimidade da vida privada* e *direito a privacidade*” pois, para DOTTI, “não parece de boa técnica a expressão ‘direito a intimidade’, justamente porque este bem jurídico não pode ser considerado isoladamente, mas em referência a algo.” (DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação** – possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 70.) (grifos em itálico no original)

³⁴⁷ SILVA, José Afonso Gomes da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. pp. 205-207.

³⁴⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 305.

entendem que *intimidade* e *vida privada* não se confundem. Entendem tais autores que essas duas expressões são distintas, com conteúdos também diferentes, daí porque representam dois bens jurídicos totalmente diversos.

No direito comparado se constata que a divergência também existe. Enquanto autores argentinos não veem maior relevo na distinção³⁵⁰, espanhóis pensam diferente³⁵¹.

Daí visando obedecer o rigor metodológico desejável em qualquer trabalho científico, tendo em vista que o enfrentamento dessa questão é de curial importância para o trabalho, mister se faz analisá-la. O ponto de partida para decifrar esse enigma é o enunciado do inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

3.1.1 A redação do inciso X, do artigo 5º, da CF/1988

A Constituição Federal de 1988 positivou a proteção ao direito a *intimidade* por meio do inciso X, de seu artigo 5º, que assim dispôs:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes
(...)
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;³⁵²

Se constata do enunciado que o inciso X, do artigo 5º, declarou como invioláveis a “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

É daí que surge o questionamento: o que será que desejou o legislador³⁵³ constituinte ao declarar invioláveis “a *intimidade*, a *vida privada*”? Proteger a

³⁴⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 1, ano I, 1992, p. 143.

³⁵⁰ Por exemplo Santos Cifuentes não considera que a distinção tenha eficácia, pois, segundo seu entendimento, ao se dizer *intimidade* se compreende ambas as facetas da vida e, por outro lado, as violações teriam idêntica sanção ou repercussão preventiva, o que torna a distinção inócua. (CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada**: tutela a la intimidad. Buenos Aires: La Ley, 2007. p. 73.)

³⁵¹ Alguns autores espanhóis que distinguem intimidade de vida privada são: GAITANO, Norberto González. **El deber de respeto** ..., pp. 38-48. DESANTES, José María. El derecho fundamental a la intimidad. **Estudios públicos**, Santiago (Chile), n. 46, 1992, p. 270.

³⁵² Sem grifo no original.

intimidade e a vida privada como se fossem bens jurídico autônomos? Ou então, promover a proteção da privacidade de forma *lato sensu* de forma que ali estivessem incluídas tanto a *intimidade* quanto a *vida privada*, sem que tais bens se diferenciasssem?

A resposta a tão intrigante questionamento merece uma profunda reflexão com a utilização de vários meios interpretativos, dentre os quais o gramatical, o teleológico e o histórico.

Recorra-se a eles.

3.2 O PRIMEIRO RECURSO: A ANÁLISE GRAMATICAL DO ENUNCIADO

O primeiro método a auxiliar na investigação do sentido do enunciado do inciso X, do artigo 5º, é a análise gramatical do enunciado. A construção gramatical do texto legal fornece subsídios importantes para a resposta a dúvida.

O inciso X estabelece que são invioláveis: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Ao analisar a construção gramatical daquele texto se percebe que o legislador, ao que parece, quis diferenciar os quatro bens jurídicos ali mencionados (intimidade, vida privada, honra e imagem). Essa afirmação advém da utilização pelo legislador do sinal gráfico chamado pela língua portuguesa de vírgula. De fato, ao inserir a vírgula entre aqueles dois substantivos (intimidade e vida privada) a intenção parece ter sido muito mais a de *diferenciar* do que a de *conectar* os mesmos. Isso porque, caso o legislador realmente desejasse que as duas expressões (intimidade e vida privada) representassem um mesmo bem jurídico, poderia ter se socorrido de redação semelhante à utilizada em Portugal e em França que nos textos legais que cuidam do assunto estabeleceu-se como invioláveis a intimidade da vida privada³⁵⁴, ou como a redação do texto da

³⁵³ Se tentará perquirir a intenção do legislador mesmo sabendo que existem aqueles que criticam esse método investigativo. Um dos críticos é o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Francisco Pessanha Martins que, em certa oportunidade, afirmou que “a vontade do legislador é preocupação de psiquiatra, psicólogo ou sociólogo”, ou seja, não do jurista. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 770.315-AL .)

³⁵⁴ Segundo noticia Maurício D’Olivo a Constituição portuguesa de 1976 em seu artigo 33 disciplina que:

Declaração Universal dos Direitos Humanos que declarou tão somente como inviolável a vida privada³⁵⁵. Se assim não o fez, é porque desejou diferenciar os bens jurídicos intimidade e vida privada. Daí porque inseriu a vírgula entre os substantivos com valor sintático e não entonativo.

Dessa forma, não parece adequado entender que o inciso X preveja a defesa da privacidade em um sentido lato, genérico, donde intimidade e vida privada seriam expressões que representariam uma só realidade e a defesa de um só objeto. A redação do enunciado leva a crer que o legislador constitucional desejou diferenciar esses dois bens jurídicos.

3.2.1 A aplicação do adágio latino *verba cum effectum, sunt accipienda* (a inexistência de expressões inúteis na lei)

Nada obstante a análise gramatical do texto já dê subsídios para que se constate a intenção de diferenciação dos termos *intimidade* de *vida privada*, caso não se reputasse existente tal diferenciação, a conclusão a ser alcançada com isso seria a de que existiriam na Constituição palavras ociosas ou inúteis, o que, segundo as lições da boa Hermenêutica, não é o mais adequado em se tratando de análise de textos legais.

“A todos é reconhecido o direito à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à *reserva da intimidade da vida privada* e familiar.” (D’OLIVO, Maurício. O direito à intimidade na Constituição Federal de 1988. **Cadernos de Direito Constitucional e ciência política**, São Paulo, v. 15, abr.-jun./1996, p. 191.)

No mesmo sentido o Código Civil português em seu art. 80º, n. 1º, do Código Civil português:

“todos devem guardar reserva quanto à *intimidade da vida privada* de outrem”. (grifo em itálico nosso)

Ou então a Lei n. 70.643 de 17 de julho de 1970 na França que em seu artigo 9º estatuiu:

“Art. 9º. Os juízes podem, sem prejuízo da reparação do dano, prescrever todas as medidas que façam cessar e impeçam um atentado à *intimidade da vida privada*.” (SANTOS Fº., Ricardo Toledo. A intimidade e seus reflexos no direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 746, dez.1997, p. 452.) (grifo em itálico nosso)

³⁵⁵ Tal como a Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo XII, prevendo que ninguém ficará sujeito a interferências arbitrárias na sua *vida privada*, na sua família, no seu lar ou na correspondência, nem ataques à sua honra ou reputação.

Na clássica lição de Carlos Maximiliano “não se presumem na lei, palavras inúteis. Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia’”³⁵⁶.

A ideia de que a lei não contém palavras ou expressões inúteis decorre do adágio latino *verba cum effectum, sunt accipienda*:

Verba cum effectum, sunt accipienda: ‘Não se presumem, na lei, palavras inúteis’. Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia’.

As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis.

Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. Este conceito tanto se aplica ao Direito escrito, como aos atos jurídicos em geral, sobretudo aos contratos, que são leis entre as partes.

Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma.³⁵⁷

Ora, se o legislador constituinte expressamente utilizou as expressões intimidade e vida privada no texto do inciso X, admitir-se que uma delas é despicienda seria o mesmo que admitir-se que existem palavras inúteis ou ociosas na Constituição³⁵⁸ o que parece não ser o mais adequado.

Daí porque permite-se concluir que a utilização destas duas expressões no enunciado do inciso X quer dizer que os dois substantivos exprimem sentidos diversos, tutelando, com isso, bens jurídicos também diversos.

Nada obstante já se tenham elementos suficientes para formar um convencimento acerca da questão crê-se adequado aprofundar ainda mais a investigação na busca de elementos que auxiliem na solução a ser dada ao

³⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito* ..., p. 204.

³⁵⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito* ..., p. 204.

³⁵⁸ Destaque-se que o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao analisar liminar em medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 4064-DF, reconheceu que: “‘não existem palavras inúteis na Constituição’ (ADI 3.506-AgR/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE)”.

“(..). O Plenário desta Corte, quando se defrontou com semelhante situação, afastou-a, por entender indevida a mesclagem ‘das hipóteses de legitimação previstas no art. 103 da Constituição Federal’, advertindo que a natureza sindical da entidade ‘a exclui, peremptoriamente, das demais categorias de associação de âmbito nacional, entendimento firmado nesta Corte em homenagem ao *princípio hermenêutico de que não existem palavras inúteis na Constituição*’ (ADI 3.506-AgR/DF, Rel. Min. Ellen Gracie - grifei) (...)”.

problema exposto. Nesse intento recorre-se nesse momento ao auxílio tanto do método gramatical quanto do histórico-evolutivo de análise. Esses dois métodos auxiliarão na resposta ao sentido das expressões *intimidade* e *vida privada*.

Inicie-se pela análise gramatical e histórico-evolutiva da expressão *intimidade*.

3.3 O CONTEÚDO DA EXPRESSÃO INTIMIDADE

Já se afirmou em determinada oportunidade que nada existe de mais ambíguo do que o termo *intimidade*³⁵⁹. Dada a ambiguidade do termo é preciso buscar alguma nota definitória que delimite metodologicamente sua noção de forma mais clara possível³⁶⁰. Um bom método para isto é a investigação da origem etimológica do termo.

3.3.1 Investigação etimológica do sentido da palavra *intimidade*

É certo que o estudo da linguagem corrente não é uma demonstração científica do significado de um conceito. Porém, sem ser um guia infalível contém, com todos seus defeitos, uma boa quantidade de informação armazenada e experiência capaz de ajudar na identificação do conteúdo do termo investigado³⁶¹. Levando-se em conta essa particularidade parece pertinente estudar os diferentes sentidos ou acepções com que se usa comumente uma palavra antes mesmo de se estabelecer seu significado. Nesse sentido é que se investigará a origem do termo *intimidade*.

Ao consultar-se o dicionário Houaiss vê-se que o significado do termo *intimidade* ali não é muito esclarecedor. Para aquele dicionário a *intimidade* pode ser vista como “a qualidade ou caráter do que é íntimo”³⁶². Ou seja, a definição é simplória pouco ajudando na elucidação da dúvida.

³⁵⁹ PASINI, Willy. **Intimidade**: muito além do amor e do sexo. Trad.: Mario Fondelli. Rio de Janeiro: Rocco, 1996. p. 38.

³⁶⁰ DESANTES, José Maria. El derecho fundamental a la intimidad ..., p. 273.

³⁶¹ GAITANO, Norberto Gonzalez. **El deber de respeto** ..., p. 16.

A obscuridade permanece ao se consultar o dicionário Michaelis da Língua Portuguesa. Naquela fonte de pesquisa a intimidade é definida como “a qualidade do que é íntimo”³⁶³. Ou seja, a definição também não é tão clara quanto se deseja para entender se a mesma se diferencia de vida privada.

As duas definições mencionadas se referem mais a qualidade do termo do que propriamente ao seu conteúdo.

O conteúdo aparece mais palpável quando se analisa a origem filológica do termo intimidade³⁶⁴.

Ao analisar a origem filológica de intimidade se verifica que *íntimo* procede de *intimus*, que, por sua vez, é uma variação filológica de *intumus*, a forma superlativa do advérbio *intus*, que quer dizer, dentro³⁶⁵. Íntimo seria, nesses termos, aquilo que estaria o mais dentro possível³⁶⁶⁻³⁶⁷.

Ou seja, ao levar-se em conta o sentido etimológico da palavra intimidade constata-se que ela derivaria da qualidade de íntimo que, por sua vez, seria aquilo que está o mais dentro possível.

A origem etimológica já fornece subsídios para diferenciá-la de vida privada. No entanto, dada a intenção de fornecer a maioria de argumentos e elementos possíveis para que se chegue a uma perfeita conclusão acerca da existência (ou

³⁶² Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Acessível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=intimidade&stype=k>. Capturado em 1º.07.2008, às 09:18 hs.

³⁶³ Dicionário Michaelis da língua portuguesa. “**Intimidade** - in.ti.mi.da.de *sf* (*íntimo*+*i+dade*) **1** Qualidade de íntimo. **2** Amizade íntima, relações íntimas. **3** Familiaridade”. Acessível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?palavra=intimidade>. Capturado em 1º.07.2008, às 09:33 hs.

³⁶⁴ Destaque-se que Desantes Guanter afirma que o sentido etimológico de intimidade aponta para delimitar seu verdadeiro perfil semântico e, portanto, sua possível definição. (GUANTER, José María Desantes. Intimidad e información, derechos excluyentes. **Revista Nuestro Tiempo**, Pamplona, n. 213. mar./1972. p. 18.)

³⁶⁵ DE PLÁCIDO e SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 21. ed. atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 447.

³⁶⁶ GUANTER, José María Desantes. Intimidad e información ..., p. 18.

³⁶⁷ No mesmo sentido ERNOUT, A.; MEILLET, A. : “De *interior*, o neutro plural tem sido empregado como substantivo: *interioridade* (as coisas interiores). Por *interior* corresponde o superlativo *intimus* (o mais interior, o íntimo), cujo substantivo neutro plural é *íntima* (a parte íntima).” (ERNOUT, A.; MEILLET, A. **Dictionnaire étymologique de la langue latine**. 4 ed. Paris, 1959. *Apud* GAITANO, Norberto Gonzalez. **El deber de respeto** ..., p. 17.)

não) de diferenciação entre intimidade e vida privada parece importante agora analisar o sentido da expressão *vida privada*.

Daí a pergunta que imediatamente vem à mente é: o que quer dizer *vida privada*?

Para entender o sentido da expressão é necessário resgatar mais uma vez elementos históricos. Faz-se assim necessário reconstruir a trajetória dos homens e da própria sociedade organizada até os dias atuais para que se consiga ter um panorama adequado da discussão e alcançar-se a resposta perseguida. Inicie-se a análise pela apresentação das esferas de atuação do indivíduo em sociedade.

3.4 O SENTIDO DA EXPRESSÃO VIDA PRIVADA

Definir positivamente o que é *vida privada* é extremamente difícil³⁶⁸⁻³⁶⁹. Naturalmente ao se questionar qual o sentido do termo *vida privada* a primeira representação que vem à mente do indivíduo é a de contraposição ao sentido de *vida pública*. A formação do conceito de *vida privada* se dá, dessa forma, mediante exclusão. Assim, tudo aquilo que não fizer parte da *vida pública*, que não tenha relevância para a *vida pública*, deve ser relegado à *vida privada* passando então a fazer parte desta³⁷⁰. Essa forma de conceituação apesar de não ser uma das mais

³⁶⁸ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, vol. 76, 2000, p. 161.

³⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vítor. **Constituição da República Portuguesa anotada** ..., p. 181.

³⁷⁰ Como esclarece Juan Ramón Capella:

“As noções de ‘esfera pública’ e ‘esfera privada’ também formam parte do vocabulário básico do mito político moderno. O conjunto de relações em que podem entrar as pessoas se diferencia como segue: ou bem se trata de relações que implicam unicamente aos indivíduos que entram nelas, e se tratará então de relações privadas, ou mais propriamente de ‘relações de esfera privada’, ou bem se trata de relações que implicam ao conjunto da coletividade, e se tratará neste caso de relações políticas ou da ‘esfera pública’. Toda relação há de se encaixar em um destes âmbitos (ou esferas) e *somente em um*. As duas esferas se acham estritamente separadas. O poder político, ou a ‘esfera pública’, não deve interferir em nenhum âmbito concreto ou particular definido como privado: unicamente pode determinar o marco geral das relações privadas, sua ‘ordem pública’, por dizê-lo assim. E, analogamente, o privado ou particular se mostra como extrapolítico, como irrelevante para o âmbito do público.” (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teorética ao estudo do Direito e do Estado. Trad.: Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 108.) Grifo em itálico no original.

aconselháveis³⁷¹ se mostrou válida até o advento da Era Moderna, pois até ali, só existiam duas esferas de participação do indivíduo na sociedade (a pública e a privada). No entanto, após o advento da Era Moderna surge a esfera social que dilui as barreiras até então existentes entre a esfera pública e a privada, fazendo com que muitas vezes as mesmas passem a se confundir.

Assim, para desconstituir essa falsa impressão, parece ser adequado reconstruir o conceito de *vida privada* desde os seus primórdios diferenciando-lhe das outras esferas de convivência do indivíduo (a pública e a social). Nesse sentido, em se tratando de *vida privada*, a reconstrução deve ser concretizada a partir dos diversos papéis desempenhados pelo indivíduo na comunidade: tanto no espaço público, quanto no privado e no social.

3.4.1 As esferas pública, privada e social

3.4.1.1 As esferas pública e privada no pensamento político clássico

A distinção entre uma esfera da vida privada e uma esfera de vida pública é uma questão relativamente recente. Segundo boa doutrina é um fenômeno que

³⁷¹ Como se sabe essa forma de conceituação (por exclusão) de um objeto não é a mais aconselhável uma vez que pode fazer com que o intérprete esqueça-se de algum elemento importante na hora da conceituação e, diante do esquecimento, aquele elemento passe a ser entendido como sendo integrante do objeto quando na realidade não o é.

Para Carlos Fernandez Sessarego esta vertente definitiva oferece as dificuldades próprias de toda definição por negação, começando por obrigar a conhecer o que se nega, sem compreender jamais o conteúdo mesmo do definido. Para Sessarego os resultados que se obtém utilizando esta metodologia são geralmente muito pobres. (SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992. pp. 166-167)

Da mesma forma, parece ser daí que surgem os grandes problemas relacionados atualmente à proteção da intimidade. Ao contrapor-se vida privada e vida pública cria-se a falsa impressão de que existem dois pólos distintos de convivência social (o público e o privado). Tem-se a noção de que o indivíduo ou vive em um ou vive em outro. Não pode viver nos dois ao mesmo tempo. Daí porque não raramente muitas pessoas que alcançam alguma notoriedade pública passam a sofrer vários tipos de agressões à sua intimidade sob a escusa de que se são “públicos” e a comunidade têm todo o direito de ser informada sobre seus atos mesmo que tais atos não tenham qualquer relevância pública e sejam realizados no âmbito privativo de sua vida.

Pilar Gómez Pavón é um dos que acredita que a confusão entre as duas esferas (pública e privada) é um fator que provoca a crise atual relacionada à privacidade e à intimidade do indivíduo. Para o autor espanhol a evolução da dicotomia público-privado, Estado-indivíduo, com a outorga de prevalência aos interesses da esfera pública, à soberania do Estado, é um dos fatores que conduzem à sociedade a não admitir a possibilidade de que se reserve uma parte da vida das pessoas ao conhecimento das demais, ao intervencionismo e ao controle estatal. (PAVÓN, Pilar Gómez. **La intimidad como objeto de protección penal**. Madrid: AKAL, 1989. pp. 8-9.)

coincide com o surgimento da Era Moderna e que encontrou sua forma política no Estado Nacional³⁷². Isso não quer dizer, no entanto, que na Antiguidade as esferas pública e privada não existissem. Elas existiam sim. Entretanto a forma e os objetivos das esferas pública e privada eram bem diferentes da forma como atualmente são vistas. Demonstre-se.

Analisando-se o perfil da sociedade grega constata-se que aquele povo diferenciava duas esferas onde o ser humano desenvolvia suas atividades: uma pública e uma privada³⁷³.

Para os gregos a esfera *pública* era o espaço da *liberdade* enquanto que a esfera *privada* era o espaço da *necessidade*.

Esses espaços eram bem delimitados e eram representados pelas seguintes figuras espaciais: a esfera pública era representada pela “polis” e a esfera privada pelo lar³⁷⁴.

Essa forma de entender esses dois espaços marca indelevelmente a noção das esferas pública e privada e não pode ser confundida com a noção que atualmente se tem dessas duas esferas.

Se atualmente entendemos que a publicidade relacionada a esfera pública está conectada a ideia de que esse espaço, por representar o espaço do *comum*, o espaço onde não há homens, senão *cidadãos*³⁷⁵, o espaço relacionado aos *interesses gerais* da *coletividade* que dizem respeito à pessoa humana não como particular encerrado no seu microcosmo de relações, mas como cidadão, *membro e partícipe da comunidade política*³⁷⁶, enfim, como o *espaço de todos* e que por tal motivo deve ser cristalino, límpido e *transparente*, dependente então da máxima *publicidade*, para os gregos o objetivo da publicidade era totalmente diferente. A

³⁷² ARENDT, Hannah. **A condição humana** ..., p. 37.

³⁷³ PAVÓN, Pilar Gómez. **La intimidad** ..., p. 8.

³⁷⁴ GAITANO, Norberto Gonzalez. **El deber de respeto a la intimidad**. Información pública y relación social. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1990. pp. 31-32.

³⁷⁵ CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido** ..., p. 109.

³⁷⁶ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos *versus* interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Org.: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 30.

publicidade era vista como necessária para que o cidadão grego alcançasse a posteridade e expressasse totalmente sua liberdade e individualidade. Explique-se.

Para os gregos somente poderia ascender à esfera pública aqueles indivíduos que se mostrassem superiores a todos os outros. A forma de verificação dessa superioridade era a *libertação* da *necessidade*. Assim, aquele que conseguia libertar-se de suas necessidades vitais básicas era digno de ascender à esfera pública e, assim, discutir os rumos de toda a comunidade.

Nesse sentido os gregos viam a esfera familiar como o simples ponto de apoio do indivíduo para o alcance da esfera pública. O lar, o espaço privado, se constituía como o âmbito de satisfação das necessidades vitais humanas. Por representar o espaço de subsistência os gregos entendiam que no espaço privado, o indivíduo, o chefe da família, poderia organizar o desenvolvimento de suas atividades da forma como melhor lhe aprouvesse. Dessa forma poderia estabelecer livremente suas leis, impor suas penas, conduzir aquele espaço da forma que bem entendesse. Vê-se então que o lar era a face oculta da cidade e as atividades desempenhadas em seu seio não tinham qualquer *relevância* para a comunidade³⁷⁷.

Justamente por representar o espaço da subsistência esse espaço era visto pelos gregos como um espaço irrelevante que não era capaz de autorizar e necessitar de publicidade.

O único espaço que necessitava de publicidade era o espaço público.

Como o espaço público representava o espaço da liberdade³⁷⁸ e só era digno de ser alcançado por poucos, aqueles poucos que eram capazes de ter sucesso em seu lar libertando-se de suas necessidades básicas relacionadas à sua

³⁷⁷ Isso não quer dizer no entanto que o lar, o espaço privado, não tinha qualquer importância para os gregos. Não é isso. Muito pelo contrário. O lar na realidade tinha grande importância pois representava a condição prévia e determinante para que o cidadão grego pudesse fazer parte da "polis". Se o cidadão grego conseguia suprir todas as suas carências vitais de sobrevivência ele se mostrava digno de adentrar à esfera pública, pois libertava-se da necessidade podendo, assim, exercer a liberdade. Daí porque o cidadão grego tinha temor maior em ser privado de sua condição de cidadão do que da pobreza. (GAITANO, Norberto González. **El deber de respeto** ..., p. 32.)

³⁷⁸ Segundo Hannah Arendt:

"A *polis* diferenciava-se da família pelo fato de somente conhecer 'iguais', ao passo que a família era o centro da mais severa desigualdade. Ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também não comandar. Não significava domínio, como também não significava submissão." (ARENDT, Hannah. **A condição humana** ..., p. 41.)

sobrevivência, era o espaço das discussões mais importantes da coletividade, motivo pelo qual exigia a mais alta publicidade.

De fato, o espaço *público* era visto pelos gregos como o espaço de *liberdade*, de *diferenciação* e de expressão da *individualidade*³⁷⁹.

Os cidadãos gregos mostravam-se convictos de que a singularidade pessoal de cada homem desaparecia com a sua morte. Daí, para que sua permanência na terra não passasse despercebida, viam-se premidos pela necessidade de fomentar a criação de um espaço que se mostrasse permanente e transcendente. Esse espaço de transcendência era o espaço *público*. Nesse espaço o indivíduo tinha a possibilidade de sobressair, distinguindo-se dos demais. Com a distinção ele alcançaria a posteridade, escapando, assim, da perenidade³⁸⁰.

Dessa forma, para que o cidadão grego pudesse mostrar os seus mais altos dons e tais dons não pudessem e desaparecessem com sua morte, era necessária a criação de um mecanismo de profusão das ideias. Desenvolveu-se assim um mecanismo que proporcionaria a ampla difusão das ideias e discursos dos cidadãos gregos. Esse mecanismo era a ampla *publicidade* dos atos. A *publicidade* faria com que os atos transcendessem aos próprios indivíduos que os criaram, passando, por consequência, para a posteridade.

Essa noção de necessidade de publicidade é que vai marcar indelevelmente o espaço público. O espaço público necessita de *publicidade* porque, sem publicidade, não se alcança a posteridade.

³⁷⁹ O espaço público era o campo de distinção pois entendia aquele povo que era por meio da política praticada no espaço público que o homem se mostrava aos demais em sua humanidade e individualidade pessoal. Assim, a esfera pública estava reservada ao desenvolvimento da individualidade do indivíduo. O reforço à individualidade se dava porque cada cidadão tinha que esforçar-se constantemente para distinguir-se dos demais, demonstrando com ações únicas e benfeitorias que era o melhor de todos. Só pela afirmação dessa singularidade pessoal por meio de ações e palavras o indivíduo poderia transcender a própria dimensão temporal e passar para a história, ficando para sempre marcado na memória dos homens.

³⁸⁰ Para Hannah Arendt: "A excelência em si, *arete* como teriam chamado os gregos, *virtus* como teriam dito os romanos, sempre foi reservada à esfera pública, onde uma pessoa podia sobressair-se e distinguir-se das demais. Toda atividade realizada em público pode atingir uma excelência jamais igualada na intimidade; para a excelência, por definição há sempre a necessidade de presença de outros, e essa presença requer um público formal, constituído pelos pares do indivíduo; não pode ser a presença fortuita e familiar de seus iguais ou inferiores." (ARENDT, Hannah. **A condição ...**, p. 58.)

Portanto a oposição entre o *público* e o *privado* coincide no mundo antigo com a contraposição entre *liberdade* e *necessidade*. A *permanência* como oposto da *futilidade*. A *excelência* como oposto do *vergonhoso* ou *indigno de publicidade*³⁸¹.

Já os romanos, munidos de um genial sentido político e jurídico, nunca sacrificaram o privado pelo público, nem converteram o público em função do privado. Compreenderam eles que essas duas esferas somente poderiam sobreviver mediante a coexistência³⁸². Assim, a oposição entre o público e o privado tinha mais a ver com a separação entre o que era de utilidade comum e o que dizia respeito à utilidade dos particulares³⁸³ do que a necessidade de publicidade.

Assim, visualiza-se que a delimitação dos espaços público e privado na Antiguidade se dava da seguinte forma: o espaço público era o espaço político no qual só poderiam participar iguais, cujos assuntos deveriam ser relevantes e dada sua relevância deveriam alcançar a máxima publicidade para que passassem à posteridade. O privado era o espaço reservado de convivência dos indivíduos no qual estes somente se conectavam pela premente necessidade de sobreviver, cujos assuntos não eram relevantes para a comunidade e, por tal motivo, não mereciam (e daí porque não deveriam) adquirir publicidade.

3.4.1.2 As esferas pública e privada na Idade Média: a gradativa diluição das fronteiras entre o público e o privado

Se nas sociedades antigas os espaços público e privado estavam de certa forma bem delimitados não provocando, por tal motivo maiores discussões, ao avançar-se no tempo vê-se que essa perfeita delimitação começa a sofrer algumas modificações. Visualizem-se as mudanças.

Como se mencionou em linhas anteriores na Antiguidade o espaço privado estava perfeitamente delimitado pela figura do *lar*, da casa. Ali, desenvolviam-se as atividades tipicamente privadas, as quais não guardavam relevância digna de serem

³⁸¹ ARENT, Hannah. **A condição humana** ..., p.83.

³⁸² GAITANO, Norberto González. **El deber de respeto** ..., pp. 35-36.

³⁸³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Sigilo de dados** ..., p. 142.

mostradas à coletividade. Assim os assuntos relevantes e dignos de publicidade só eram encontrados no espaço público, na “polis”.

No entanto na passagem da Idade Média para a Idade Moderna essa delimitação de espaço se vê modificada com a utilização do lar para administração de questões públicas e, portanto, relevantes.

Isso acarreta de certa forma a publicização do próprio lar, da própria casa.

De fato, na passagem da Idade Média para a Idade Moderna verifica-se uma modificação no sentido de utilização do vocábulo “casa”. A casa que até então era reservada para discussão de assuntos irrelevantes para a sociedade passa a ser palco de discussões importantes e que, muitas vezes, podiam definir os rumos da comunidade.

Não é a toa que o próprio projeto arquitetônico modifica-se. As casas que antes eram de dimensões não tão grandes, passam a aumentar cada vez mais de tamanho. Com isso desejam seus proprietários representar proporcionalmente a imponência de seu poder político ou social³⁸⁴.

Essa mudança de perspectiva faz com que a casa não seja mais vista como um espaço em que são discutidas questões de pouca importância, mas sim o centro de representação do poder político. Daí porque algumas casas passam a ser ligadas a grandes dinastias (casa dos Áustria, casa de York, casa dos Bourbon)³⁸⁵.

Assim, a casa que até então era vista como espaço do irrelevante, o espaço que não mostrava qualquer importância para a comunidade, digna, portanto, de publicidade, passa a se mostrar como espaço também relevante. Com isso, a casa, como se disse, publiciza-se.

Não é preciso fazer grande esforço para imaginar a dificuldade para os cidadãos em assimilar essa mudança de sentido do espaço privado e, principalmente, delimitar com perfeita simetria aonde terminava o público e aonde começava o privado.

A fronteira dilui-se e com isso iniciam-se os problemas para a privacidade dos indivíduos.

³⁸⁴ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça** ..., p. 27.

³⁸⁵ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça** ..., p. 29.

3.4.1.3 O surgimento da esfera social

Se a delimitação de sentido dos espaços *público* e *privado* já se mostrava bastante diluído e de difícil compreensão na passagem da Idade Média e no início da Era Moderna ela complica-se ainda mais com o surgimento de uma nova esfera de desenvolvimento das atividades humanas: a esfera *social*.

Como informa Hannah Arendt a passagem da sociedade do sombrio interior do lar para a luz da esfera pública não apenas diluiu a antiga fronteira entre o privado e o político, mas também alterou o significado dos dois termos ao ponto de torná-los quase irreconhecíveis³⁸⁶.

De fato, a distinção entre a esfera pública e a privada que para os romanos e os gregos era clara, perde nitidez na Era Moderna e Contemporânea. Se para a Sociedade Antiga, o privado (*privus*) não se confundia com riqueza privada e era o terreno do que era próprio ao homem, como ser jungido ao trabalho e à sobrevivência, à busca de que lhe era útil e, o público, era o âmbito do político, do encontro dos homens para o seu governo, com o advento da Era Moderna e o surgimento da esfera social verifica-se a dificuldade em se distinguir o que é o social público (área da política) e o social privado (área do econômico, do mercado), donde o aparecimento de duas novas e importantes dicotomias que estão na raiz dos direitos humanos modernos: Estado e sociedade, sociedade e indivíduo³⁸⁷.

Como explica Hannah Arendt desde o advento da sociedade, desde a admissão das atividades caseiras e da economia doméstica à esfera pública, a nova esfera, a esfera social, tem-se caracterizado principalmente por uma irresistível tendência e necessidade de crescer, de devorar as esferas mais antigas do político e do privado e, mais recentemente, da intimidade³⁸⁸.

Nerione Cardoso acrescenta que:

A “ascendência do social”, ou da sociedade, numa acepção heterodoxa do termo, constitui-se na elevação dos negócios econômicos do lar doméstico ao nível da esfera pública, isto é, as questões de subsistência ganharam importância pública, o que diluiu a antiga divisão entre

³⁸⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana** ..., p. 47.

³⁸⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados ..., p. 142.

³⁸⁸ ARENT, Hannah. **A condição humana** ..., p. 55.

público e privado e alterou o significado dos dois termos e a sua importância para a vida do indivíduo e do cidadão, a ponto de torná-los quase irreconhecível.³⁸⁹

Vê-se então que a partir do surgimento da esfera social várias atividades que pertenciam antes à esfera privada familiar se convertem em interesse coletivo. Exemplo disso assinalado por Arendt e Gaitano é o interesse privado pela propriedade. Com a ascensão do social esse conceito que anteriormente estava restrito à esfera privada, passa, gradativamente a ocupar o espaço da esfera pública³⁹⁰. A cada vez maior ascensão do social fez com que as fronteiras entre essas duas esferas se diluíssem ocasionando muitos dos problemas atualmente experimentados pela intimidade.

Essa ascensão do social pode ser sentida pelo surgimento do fenômeno dos meios de comunicação de massa que, não coincidentemente, se denominam meios de comunicação “social”. Como explica Norberto Gaitano os primeiros periódicos nascem como gazetinhas econômicas e comerciais e seu amálgama de conteúdo diversos revelam claramente essa ascensão do social e a confusão das duas esferas clássicas. A partir daí já não se sabe mais exatamente qual é o ambiente do que denominamos genericamente “informação” ao nos referirmos ao conteúdo dos meios. Se pode dizer que seu lugar próprio não é nem o público, nem o privado, senão que o social³⁹¹.

Esse crescimento desordenado da esfera social traz problemas, dentre eles o da publicização do direito privado e da privatização do direito público.

3.4.1.4 A publicização do direito privado e a privatização do direito público

Não é difícil perceber que o aparecimento da esfera social produz um grande problema, o problema que segundo alguns é um dos problemas mais sérios do

³⁸⁹ CARDOSO, Nerione N. Jr. **Hannah Arendt e o declínio da esfera pública**. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de edições técnicas. 2005. p. 59.

³⁹⁰ GAITANO, Norberto González. **El deber de respeto** ..., p. 36.

³⁹¹ GAITANO, Norberto González. **El deber de respeto** ..., p. 37.

direito contemporâneo: o fenômeno da publicização do direito privado e a privatização do direito público³⁹².

Com o surgimento da esfera social, a qual não é pública e nem privada, com a publicização do privado e a privatização do público surge o problema de identificar - e diferenciar - o que é público e o que é privado. Para Celso Lafer o problema trazido pela esfera social é que ela provoca "à identificação e não à diferenciação entre a esfera do público e do privado"³⁹³.

A identificação das esferas pública e privada provoca a falsa impressão de que tudo se torna público e tudo se torna privado. O reflexo disso é que os indivíduos perdem o espaço para desenvolvimento de sua individualidade pois tudo passa a ser visto sob a perspectiva do público.

No entanto como adverte Hannah Arendt:

Embora a distinção entre o privado e o público coincida com a oposição entre a necessidade e a liberdade, entre a futilidade e a realização e, finalmente, entre a vergonha e a honra, não é de forma alguma verdadeiro que somente o necessário, o fútil e o vergonhoso tenham o seu lugar adequado na esfera privada. O significado mais elementar das duas esferas indica que há coisas que devem ser ocultadas e outras que necessitam ser expostas em público para adquirir alguma forma de existência.³⁹⁴

Assim, faz-se necessário lutar contra a ascensão indiscriminada do social protegendo-se um espaço exclusivo para desenvolvimento das atividades do indivíduo. Desenvolve-se assim a ideia da privacidade na Era Moderna.

3.5 O SURGIMENTO DA PRIVATIVIDADE MODERNA: A DEFESA DA PRIVACIDADE COMO FORMA DE REBELIÃO EM FACE DA MASSIFICAÇÃO SOCIAL

Diante do crescimento avassalador da esfera social o indivíduo passou a sentir a necessidade de usufruir de um espaço exclusivo de convivência. Um espaço

³⁹² SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do Direito Privado. *in* **A reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. Org.: Judith Martins Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 306.

³⁹³ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos ..., p. 238.

³⁹⁴ ARENDT, Hannah. **A condição** ..., pp. 83-84.

privativo no qual pudesse desempenhar as suas mais elementares funções sem que pela sociedade fosse importunado. Esse espaço foi desenvolvido como sendo o espaço da privacidade, ou privacidade, que em sua função mais relevante (proteger aquilo que é íntimo), foi descoberta não como o oposto da esfera política, mas sim da esfera social com a qual, portanto, tem laços ainda mais estreitos e mais autênticos³⁹⁵.

Dessa forma a privacidade passou a ser vista como a resposta à emergência do social³⁹⁶. Ela surgiu como a reação ao conformismo nivelador da sociedade que exigia que seus membros se comportassem como se fossem membros de uma grande família, com uma só opinião e um único interesse³⁹⁷. Este conformismo nivelador afetava a própria possibilidade da *vida contemplativa* (Hannah Arendt), pois o parar para pensar o significado das coisas, através do diálogo eu consigo mesmo, exige um provisório desligamento e afastamento do mundo exterior³⁹⁸ o que não era possível com a pressão externa social exercida sobre o indivíduo. Era necessário então proteger um espaço exclusivo de vivência para o indivíduo no qual este pudesse desenvolver todos os seus valores mais essenciais³⁹⁹. Defendeu-se então a necessidade de proteger-se esse espaço próprio do indivíduo denominado privacidade.

O princípio informador da privacidade seria o princípio da *exclusividade*.

3.5.1 A privacidade em sentido lato. Princípio regente: exclusividade

A privacidade como um espaço de fuga do indivíduo, de fuga da massificação social, rege-se por um princípio extremamente peculiar: o princípio da *exclusividade*.

Na época em que passou a se defender a privacidade do indivíduo os princípios que imperavam para os espaços público e privado eram o da *igualdade* e o da *diferenciação*. Enquanto no espaço público imperava a igualdade, no espaço

³⁹⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana** ..., p. 48.

³⁹⁶ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos ..., p. 263.

³⁹⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana** ..., p. 49.

³⁹⁸ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos ..., pp. 263-264.

³⁹⁹ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça** ..., p. 76.

privado imperava a *diferenciação*. Como a privacidade não se encaixava em nenhuma dessas duas espécies a mesma passa a reger-se por um princípio totalmente diferente dos dois até então predominantes, o princípio da *exclusividade*.

O princípio da *exclusividade* foi concebido como o poder do indivíduo em fazer as escolhas que melhor lhe aprouvessem para o desenvolvimento de sua vida. Assim o *exclusivo* passa a ser visto como aquilo que passa pelas *opções pessoais* do indivíduo.

O princípio da exclusividade, dessa forma, garante que o sujeito apreenda fatos e transforme-os conforme a sua subjetividade sem que tenha que ser guiado por normas ou por padrões objetivos⁴⁰⁰. Isso justifica o poder de escolha de amigos, de companhia, de grupos, etc.. Nesse diapasão o princípio da exclusividade asseguraria ao indivíduo que sua escolha fosse guiada não por semelhanças ou qualidades compartilhadas por um só grupo de pessoas, nem por um padrão objetivo de comportamento ou de conduta, ou de normas realizadas por terceiros, mas sim, inexplicável e infalivelmente, pelo seu próprio desejo.

Daí porque se afirmar que o princípio da exclusividade brigaria com o conformismo social⁴⁰¹. Esse princípio visaria assegurar ao indivíduo sua *identidade* diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político⁴⁰².

Esse princípio vai reger tanto a *vida privada* quanto a *intimidade*.

3.5.1.1 Vida privada: conteúdo e caracteres de identificação

Analisando a vida privada na perspectiva do seu princípio identificador (exclusividade) vê-se que esse espaço é o espaço de convivência do indivíduo protegido pela exclusividade de convivência pelo qual o indivíduo escolhe com quem deseja se relacionar.

⁴⁰⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados ..., p. 142.

⁴⁰¹ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos ..., pp. 267-268.

⁴⁰² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados ..., p. 142.

Entretanto, o espaço da vida privada, dada a sua natureza tipicamente relacional, exige comunicabilidade e a comunicabilidade autoriza que dados próprios do indivíduo tenham que ser confiados a terceiros.

Isso não quer dizer que tais dados não estejam assegurados e que possam ser manipulados indevidamente por terceiros. Eles têm proteção tal como a intimidade. Acontece que eles deixam de ser ocultados e passam a fazer parte de uma face *exterior* do modo de vida do indivíduo dada a necessidade relacional. Estariam inseridos nesse espaço informações de dados referentes às opções da convivência, como a escolha de amigos, a frequência de lugares, os relacionamentos civis e comerciais, ou seja, de dados que, embora digam respeito aos outros, não afetam, em princípio, direitos de terceiros (exclusividade da convivência).

Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe então um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. São informações que, embora privativas — como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc. —, condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso, a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. Assim, a inviolabilidade de dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem. Dito de outro modo, os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privativas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação, etc.) não são protegidos. Mas cadastros que envolvam relações de convivência privadas (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer aqueles interesses, etc.) estão sob proteção. Afinal, o risco à integridade moral do sujeito, objeto do direito à privacidade, não está no nome, mas na exploração do nome, não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas, mas na apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito. Pensar de outro modo seria tornar

impossível, no limite, o acesso ao registro de comércio, ao registro de empregados, ao registro de navio, etc., em nome de uma absurda proteção da privacidade⁴⁰³.

3.5.1.2 Intimidade: caracteres de identificação

Também sob a ótica do princípio da exclusividade a *intimidade* pode ser vista como o âmbito *exclusivo* que alguém reserva para si e que *não se comunica externamente* para terceiros por não apresentar qualquer relevância social.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. a intimidade pode ser vista como a informação daqueles dados que a pessoa guarda para si e que dão consistência à sua personalidade - dados de foro íntimo, expressões de auto-estima, avaliações personalíssimas com respeito a outros, pudores, enfim dados que, quando constantes de processos comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e alta confiança, e que, se devassados, desnudariam a personalidade, quebrariam a consistência psíquica, destruindo a integridade moral do sujeito.

Em termos do princípio da exclusividade, Tércio Sampaio entende que a intimidade é, nesses casos, em grau máximo.

Em consequência, o emissor pode comunicar tais dados, se o desejar, mas a ninguém é dado exigir dele a informação transmitida, salvo em casos especialíssimos em que a intimidade de alguém venha a interferir na intimidade de outrem: o direito de não ser obrigado a revelar situações íntimas é limitado pelo direito de o receptor recusar informações íntimas que lhe firam a própria intimidade. Por isso, em processos que versem situações íntimas, a lei garante o sigilo⁴⁰⁴.

3.5.1.3 À guisa de arremate: a distinção entre *vida privada* e *intimidade* sob a ótica do princípio da *exclusividade*. *Vida Privada*: Necessidade de comunicação de dados ao mundo exterior. *Intimidade*: ausência de necessidade de comunicação de dados ao mundo exterior

⁴⁰³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados ..., pp. 147-148.

⁴⁰⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados ..., p. 147.

Feito todo esse resgate histórico e fenomenológico parece oportuno arrematar esse tópico tentando resumir em poucas palavras o que diferencia *intimidade* de *vida privada* em termos não só linguísticos, mas também histórico-políticos.

Nesse sentido de início não se pode esquecer que *vida privada* e *intimidade* são espécies de um gênero mais amplo que pode ser designado como *privacidade*.

A privacidade e, portanto, *intimidade* e *vida privada*, são regidos pelo princípio da *exclusividade*.

O princípio da *exclusividade* visa *assegurar* ao indivíduo a sua *identidade* diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela submissão ao poder político. Representa a ideia de que o conteúdo da informação, do dado, da forma de convivência, enfim, das situações subjetivas existenciais do indivíduo, pertencem *exclusivamente* a ele e a ninguém mais.

Diante dessa exclusiva propriedade não se autoriza que terceiros se intrometam ou divulguem informações privativas do indivíduo sem sua devida autorização.

Apesar de pertencerem ao mesmo gênero (*privacidade*) *intimidade* e *vida privada* não se confundem.

O traço distintivo entre *intimidade* e *vida privada* pode ser encontrado no campo da *necessidade* de *comunicabilidade*, e com a necessidade de comunicabilidade, a ideia de *repercussão social*.

De fato, toda relação humana é, por excelência, uma relação de *comunicação*. Daí porque afirma-se que o cidadão não vive, ele convive.

Para que a convivência se mostre possível o indivíduo necessita abdicar de parte de sua privacidade para que a mesma se mostre possível. Assim, alguns dados que originalmente são *exclusivamente* seus, tem que ser, mesmo que temporariamente, transmitidos a terceiros para que algum interesse seu seja alcançado.

Os dados ou informações repassados a terceiros continuam sendo seus, mas pela necessidade de convivência, passam a ser compartilhados com mais pessoas. Esses dados, fatos ou situações, podem ser enquadrados como sendo aqueles que formam a *vida privada* do indivíduo.

No entanto, existem alguns dados, fatos ou situações que não necessitam ser comunicados para terceiros para que o sujeito conviva em sociedade. Esses dados,

fatos ou situações, por se referirem ao núcleo mais elementar da personalidade do indivíduo, bem como não precisar ser comunicados externamente, podem ser qualificados como dados, fatos ou situações que formam a *intimidade* do indivíduo ou do grupo ao qual tal dado pertence.

Dessa forma, analisando-se os conceitos de *intimidade* e *vida privada* sob o viés da *comunicabilidade* pode se encontrar um traço distintivo entre esses dois bens jurídicos que é o da *repercussão social* da informação, do dado ou, como se falou, da situação subjetiva existencial relacionada ao indivíduo.

Na *intimidade*, as situações subjetivas existenciais se referem ou ao próprio sujeito ou a um grupo limitadíssimo de pessoas e se referem a situações que somente são relevantes para os sujeitos envolvidos. Não o são, via de regra, para a sociedade. Dada a irrelevância para a sociedade⁴⁰⁵ fica desautorizada a intromissão ou divulgação não autorizada de dados íntimos do indivíduo ou de seu grupo afetivo ou de confiança.

Já na *vida privada* a relevância das informações para a sociedade, ou mais adequadamente, para o conviver em sociedade, é maior. Sendo maior sua relevância, menor o raio de exclusividade.

Assim, resumidamente: a *intimidade* é o âmbito de *exclusividade* que, via de regra, não *repercute* socialmente (ausência de *relevância*). A *vida privada* é também o âmbito de *exclusividade* do indivíduo mas que, por sua natureza cambiária *repercute mais intensamente* no âmbito coletivo, motivo pelo qual, seu raio de proteção é mais amplo.

⁴⁰⁵ Frise-se: irrelevância para sociedade e não para o indivíduo. Nesse sentido esclarecedora a lição de Hannah Arendt (2007; pp. 61-62):

“O que a esfera pública considera irrelevante pode até ter um encanto tão extraordinário e contagiante que todo um povo pode adotá-lo como modo de vida, sem com isso alterar-lhe o caráter essencialmente privado. O moderno encantamento com ‘pequenas coisas’, embora pregado pela poesia no século XX em quase todas as línguas européias, encontrou sua representação clássica no *petit bonheur* do povo francês. Após o declínio de sua vasta e gloriosa esfera pública, os franceses tornaram-se mestres da arte de serem felizes entre ‘pequenas coisas’, dentro do espaço de suas quatro paredes, entre o armário e a cama, entre a mesa e a cadeira, entre o cão, o gato e o vaso de flores, dedicando a estas coisas um cuidado e uma ternura que, num mundo em que a rápida industrialização destrói constantemente as coisas de ontem para produzir os objetos de hoje, pode até parecer o último recanto puramente humano do mundo. Esta ampliação da esfera privada, o encantamento, por assim dizer, de todo um povo, não a torna pública, não constitui uma esfera pública, mas, ao contrário, significa apenas que a esfera pública refluíu quase que inteiramente, de modo que, em toda parte, a grandeza cedeu lugar ao encanto; pois embora a esfera pública possa ser grande, não pode ser encantadora precisamente porque é incapaz de abrigar o irrelevante.” (ARENDT, Hannah. **A condição humana** ..., pp. 61-62.)

3.6 A VALIDADE DA DISTINÇÃO ENTRE *INTIMIDADE* E *VIDA PRIVADA*

Após todo esse percurso a pergunta é inevitável: qual a validade da distinção entre *intimidade* e *vida privada*?

Aos olhos do autor, muitas.

Existem casos difíceis em que a falta de identificação correta do bem jurídico afetado pode conduzir a resultado insatisfatório ou inócuo.

Imagine-se que determinado profissional liberal se associa com outros profissionais da mesma área e passa a dividir o mesmo local de trabalho. Um certo dia, um de seus sócios, por pura curiosidade e se sentindo no “direito” de compartilhar de todos os bens da sociedade, resolve acessar o conteúdo do computador do outro sócio, obtendo informação íntima que estava guardada naquele equipamento. Nesse caso hipotético a pergunta seria a seguinte: qual é o bem jurídico afetado? A *intimidade* ou a *vida privada* do indivíduo? A identificação parece ser de extrema relevância uma vez que se o sócio invasor argumentar que se eles dividem o mesmo espaço físico de trabalho e, por isso, aquele equipamento estava no espaço da *vida privada* do indivíduo afetado, a resposta a ser dada ao problema é a de que não haveria ofensa a privacidade daquele sócio que teve seu computador invadido. Por outro lado, se se entende que o bem jurídico aqui afetado é a *intimidade*, e essa, pode ser usufruída em qualquer local, o argumento passa a ser inválido e a invasão torna-se então arbitrária.

Um outro exemplo hipotético. Um cônjuge deseja desenvolver um projeto pessoal sem que seu companheiro (ou companheira) tenha conhecimento. Desconfiado da situação, o cônjuge passa a bisbilhotar todos os dados de propriedade do seu companheiro. Nessa situação: qual o bem jurídico ofendido, a *intimidade* ou a *vida privada*? Se optar-se pela segunda opção (*vida privada*) talvez o cônjuge se sinta autorizado a vasculhar todos os dados de seu companheiro. Se entender-se que se está diante da proteção do bem jurídico *intimidade* a interpretação será diferente. Aquela intromissão poderá ser reputada como ilícita.

A esses exemplos muitos outros poderiam ser agregados, o que parece já demonstrar a necessidade de diferenciar-se estes dois bens jurídicos (*intimidade* e *vida privada*).

3.7 ALGUNS AUTORES QUE DISTINGUEM *INTIMIDADE* DE *VIDA PRIVADA*

Apresentadas todas as razões para que se opte por reconhecer a distintabilidade entre os termos *intimidade* e *vida privada* convém apresentar alguns autores que são partidários dessa mesma opinião.

Inicie-se por José Afonso da Silva para quem o inciso X, do artigo 5º: “põe, desde logo, uma questão, a de que a *intimidade* foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela.”⁴⁰⁶

No mesmo sentido René Ariel Dotti. Dotti entende que a intimidade é um sentimento, um estado de alma, que existe nos ambientes interiores, mas que se projeta também no exterior para ser possível viver a liberdade de amar, pensar, sorrir, chorar, rezar, enfim, a liberdade de viver a própria vida e morrer a própria morte. É uma das liberdades fundamentais do corpo, da mente e do espírito⁴⁰⁷. Já a vida privada constitui-se uma cidadela aonde estão abrigados os *quatro* estados característicos da privacidade: a *solidão*, quando a pessoa fica só por autodeterminação; a *intimidade*, quando o indivíduo está em companhia de outrem ou de um pequeno grupo (família; amigos); *anonimato* que consiste no interesse de não ser identificado no dia-a-dia e a *reserva* como vontade de não revelar certas coisas sobre si mesmo⁴⁰⁸.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. a Constituição Federal de 1988 no inciso X, do artigo 5º, distinguiu intimidade de vida privada. Ao assim fazer, protegeu em grau máximo a exclusividade do indivíduo sobre o respeito à informações que só a ele dizem respeito. Em consequência, o emissor pode comunicar tais dados, se o desejar, mas a ninguém é dado exigir dele a informação transmitida, salvo em casos especialíssimos em que a intimidade de alguém venha a interferir na intimidade de outrem: o direito de não ser obrigado a revelar situações íntimas é limitado pelo

⁴⁰⁶ SILVA, José Afonso Gomes da. **Curso de Direito Constitucional** ..., p. 206.

⁴⁰⁷ In A liberdade e o direito a intimidade ..., p. 132.

⁴⁰⁸ A liberdade e o direito a intimidade. p. 133. Grifos em itálico no original.

direito de o receptor recusar informações íntimas que lhe firam a própria intimidade⁴⁰⁹.

Também são partidários da diferenciação entre essas duas expressões Elimar Szaniawski⁴¹⁰, Paulo Luiz Netto Lôbo⁴¹¹ e Marina Vitório Alves⁴¹².

No direito comparado Norberto González Gaitano⁴¹³, José María Desantes⁴¹⁴, Carlos Soría⁴¹⁵, Castro y Bravo⁴¹⁶, Boix Reig⁴¹⁷, Carlos Santiago Nino⁴¹⁸ dentre outros entendem que não há como confundir direito à intimidade e o direito à vida privada.

Diante de todos esses dados crê-se que existem subsídios mais do que suficientes para afirmar que *intimidade* e *vida privada* se *distinguem* no direito brasileiro e, como tal, devem merecer proteção jurídica distinta por esse mesmo ordenamento.

4 A INTIMIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A PERSPECTIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

4.1 A SITUAÇÃO PRÉ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

⁴⁰⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados ..., p. 147.

⁴¹⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade** ..., p. 305.

⁴¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Autolimitação do direito à privacidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 34, abr./jun 2008, pp. 95-96.

⁴¹² ALVES, Marina Vitório. Direito à intimidade e à vida privada: os contornos da individualidade no mundo contemporâneo. *In* **O direito à vida digna**. Coord.: Carmen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. pp. 220-221.

⁴¹³ GAITANO, Norberto González. **El deber de respeto** ..., pp. 38-48.

⁴¹⁴ DESANTES, José María. El derecho fundamental a la intimidad. **Estudios públicos**, Santiago (Chile), n. 46, 1992, p. 270.

⁴¹⁵ SORÍA, Carlos. La información de lo público, lo privado y lo íntimo. *In* **Cuenta y razón**, Madri, n. 44-45, 1999, p. 25.

⁴¹⁶ CASTRO y BRAVO, F. de. **Temas de Derecho Civil**. Madri: Civitas, 1970. p. 155.

⁴¹⁷ BOIX REIG, J. Consideraciones sobre la protección penal de la intimidad y del honor e informática. *In* **Anais da Faculdade de Direito da Universidade de Alicante**, n. 2, 1983, p. 34.

⁴¹⁸ NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional**. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 327.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, inexistia previsão constitucional que assegurasse expressamente a proteção à intimidade⁴¹⁹. Aliás, nem as Constituições nem a legislação ordinária continham preceito expresso que reconhecesse e, por tal motivo, dessem proteção a tal direito. Isso tornava a defesa desse bem jurídico uma tarefa extremamente penosa que demandava dos operadores jurídicos grande criatividade na busca de sua tutela. Não raras vezes, situações ofensivas tinham que ser tuteladas por meios indiretos de defesa para que esse importante interesse jurídico fosse devidamente protegido⁴²⁰.

Dada a ausência de expressa previsão constitucional constata-se facilmente nos comentários às Constituições precedentes a de 1988 que a maioria dos autores sequer se preocupou em delimitar o conteúdo de um direito a intimidade. É claro que os comentadores se referiam a proteção da intimidade. Entretanto essa referência se fazia de forma indireta tal como a inviolabilidade de correspondência⁴²¹; a inviolabilidade do domicílio⁴²² mas não a um direito à intimidade propriamente dito.

⁴¹⁹ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. arts. 1.º a 21. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 79.

⁴²⁰ Elucida essa afirmação a interessante manobra jurídica realizada pelo advogado de Mário Quintana quando o poeta se sentiu ameaçado em sua intimidade. Relata Antônio Chaves que Mário Quintana, nos idos de 1980, nas vésperas de completar setenta anos de idade, recebeu várias homenagens. Dentre as homenagens recebidas estava o convite de um cineasta para realização de um documentário sobre sua vida. Quintana, lisonjeado com o convite e entendendo que a película contribuiria para o aprimoramento da cultura brasileira, aceitou o convite impondo uma só condição: o documentário não poderia fazer referência e nem cogitar mostrar o quarto que o poeta ocupava há trinta anos em um hotel no centro de Porto Alegre pois Quintana considerava aquele espaço como “um reduto inviolável da pouca intimidade que resta a um homem público”. Apesar de aceitar aquela condição, o cineasta traiu a confiança do biografado e subrepticiamente filmou o local inserindo-o no documentário. Quintana, ao saber da notícia, tomado de profunda decepção, angústia e tormento pois não desejava que seu último reduto fosse violado e exposto a outras pessoas sem seu consentimento, irredimível com a situação, após tentar demover o cineasta da veiculação daquela imagem, contrata advogado na tentativa de proibir a circulação da película. O advogado de Quintana, diante da ausência de texto legal na ótica civil-constitucional que protegesse o interesse íntimo de Quintana teve que improvisar. Recorreu a tutela penal por meio de processo criminal por violação de domicílio com base no artigo 150 do Código Penal (com a agravante do artigo 44 do mesmo Código – crime contra pessoa de idade avançada), obtendo, com tal medida, a apreensão da película antes de sua divulgação. Após a apreensão da película, as partes entraram em acordo e o filme não foi divulgado. (CHAVES, Antônio. Direito à intimidade nas fotografias e nos filmes cinematográficos. *In Revista de Direito Mercantil: Industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, n. 52, out.-dez./1983, p. 7.)

⁴²¹ Por exemplo o item 6º, do artigo 122, da Constituição Federal de 1937. Interessante destacar trecho de comentário à Constituição de 1937, por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda acerca da importância de se assegurar a inviolabilidade da correspondência, no sentido de resguardar a intimidade do indivíduo e de seus entes familiares:

Diante do reclamo da doutrina⁴²³ e seguindo a trilha de outros sistemas de direito, o constituinte de 1988 inseriu, por meio do inciso X, do artigo 5º, o respeito e proteção ao direito à intimidade.

4.2 A SITUAÇÃO PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

4.2.1 O direito a intimidade alçado à condição de direito fundamental

“O princípio da inviolabilidade de correspondência, diz Orban, é sagrado: violar cartas é penetrar no segredo dos indivíduos e famílias, isto é, naquilo que eles têm de mais íntimo e intangível em seus pensamentos, desejos, sentimentos e interesses.” (*in* **Comentários à Constituição de 1937**. Rio de Janeiro: Pongetti, 1938. p. 329.)

⁴²² Por exemplo o §10, do artigo 153, da Constituição Federal de 1967. Interessante o comentário à Constituição de 1967 (com a emenda n. I, de 1969), de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda acerca da importância de se assegurar a inviolabilidade do domicílio, o que bem demonstra a necessidade de se assegurar um espaço ausente de ingerências no qual o indivíduo poderia livremente desenvolver sua personalidade:

“A inviolabilidade da casa é apenas caso particular de *liberdade física*. O homem precisa de espaço que o proteja, como todos os outros animais. Porém o homem mais do que os outros. É ente sem defesas de casco, ou de pêlos espessos, ou de epiderme resistente. Nasce frágil, e frágil continua meses e anos, à diferença dos outros vertebrados. (A Psicologia tem explorado a fundo, pertinazmente, essa situação humana e suas conseqüências para o bem e para o mal.)

Fôsse caverna, fôsse choupana, fôsse alguma das habitações que traduzem o estado social dos primitivos, o homem sempre se protegeu a *começar* por paredes que o resguardassem de outros animais, dos outros homens, das chuvas, do calor, do frio e de outros fatos do mundo exterior. (Algumas populações tropicais retardaram-se na evolução, porque não *descobriram* meios de se defender do sol e das precipitações pluviais.)

A casa foi, desde cedo, como se fôra o casco, ou a couraça do homem. Conceber *liberdade física e segurança* constituiu, para êle, defender-se a si *na* sua habitação. Em verdade, tal princípio da inviolabilidade do domicílio, tal como chegou à pureza dos enunciados técnicos de hoje, apenas nos põe em forma jurídica o resultado último de longas adaptações, a defesa própria dos animais à porta das anfracturas, dos ninhos, dos buracos, das tocas e a defesa mesma dos homens à entrada das cavernas.

Nos tempos feudais – a meio caminho de hoje – os indivíduos tinham de ir para o castelo, onde encontravam defesa. Quando as classes burguesas ganharam sentimento de segurança, já se puderam defender por si. A memória conservou a lembrança desses tempos e formulou o enunciado britânico: *My home is my castle*.” (*in* **Comentários à Constituição de 1967** – com a Emenda n. I, de 1969. Tomo IV (Arts. 118 a 153, §1º). 2 ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. pp. 183-184.) (grifos em itálico no original e grafia do original)

⁴²³ Vide o pensamento de Ada Pellegrini Grinover no ano de 1985:

“Até agora exclusivamente extraível do §39 do art. 153 da Constituição, o direito à intimidade demanda proteção expressa, em dimensão abrangente, que não colha apenas alguns de seus aspectos, como a inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das comunicações. Isso porque a intensificação das relações sociais e o progresso da tecnologia, limitando cada vez mais a esfera de privacidade do indivíduo, exige de forma mais veemente que o ordenamento jurídico lhe garanta aquele mínimo de intimidade, em cuja falta não podem desabrochar outros direitos de personalidade e a própria liberdade se anula.”(GRINOVER, Ada Pellegrini. Apresentação do livro **Tutela constitucional da intimidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. VII.)

Como se mencionou no parágrafo anterior a situação mudou totalmente após o advento da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal, proclamando a dignidade da pessoa humana como “um dos fundamentos da República” (art. 1º, III), dando-lhe caráter de princípio fundamental e atribuindo-lhe valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática, não poderia furtar-se a inserir no rol dos direitos fundamentais um dos componentes mais caros ao ser humano, a proteção à sua intimidade.

Dessa forma, na esteira de outras legislações do direito comparado, inseriu expressamente em seu texto, no inciso X, do artigo 5º, a proteção ao direito a intimidade, qualificando-o como direito *inviolável*⁴²⁴.

Ao acolher expressamente no rol intitulado “direitos e garantias individuais”, elevou-o à categoria de verdadeiro direito fundamental. A fundamentalidade aí é tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista material.

Por ter sido inserido no rol típico (mas não taxativo) denominado *direitos e garantias individuais* formalmente esse direito já pode ser qualificado como direito fundamental⁴²⁵.

Já não bastasse o critério formal para identificá-lo como verdadeiro direito fundamental, ao se analisar o seu conteúdo do ponto de vista material, verifica-se igualmente que esse direito pode ser qualificado como fundamental. Adontando-se o conceito de dois juristas de gabarito como Pérez-Luño e Jorge Miranda para quem os direitos fundamentais podem ser vistos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico concretizam as exigências de

⁴²⁴ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes
(...)

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; (grifo nosso)

⁴²⁵ Relembre-se Borowski para quem segundo o critério formal para conceituação de direito fundamental, somente será direito fundamental aquele direito que pertença a um determinado catálogo de direitos incluído na Constituição. (BOROWSKI, Martin. **La estrutura** ..., p. 34.) Não diferindo de Canotilho:

“Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, **direitos fundamentais formalmente constitucionais**, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** ..., p. 403) (grifo no original)

dignidade, de liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional⁴²⁶; ou então como os direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal ou material;⁴²⁷ parece também não haver maiores dificuldades em qualificar o direito à intimidade, como direito fundamental, uma vez que o mesmo “concreta as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas” e “representa um direito a uma posição jurídica subjetiva da pessoa enquanto tal, individual ou institucionalmente considerada”.

Outrossim, resta mais do que claro que o direito à intimidade é verdadeiro direito fundamental, carreando consigo, por tal motivo, todo o sistema protetivo desta espécie de direitos.

Entretanto, apesar de não haver maiores dificuldades em qualificar este direito como puro direito fundamental, há ainda grande dificuldade em encontrar na doutrina do direito constitucional um conceito mais ou menos uniforme que apresente com maior clareza os caracteres definidores desse direito fundamental⁴²⁸. Colha-se algumas definições na doutrina do direito constitucional.

4.3 A DEFINIÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE AOS OLHOS DA DOUTRINA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Para José Cretella Jr.: “‘Intimidade’ é o status ou situação daquilo que é íntimo, isolado, só. Há um direito ou liberdade pública de estar só, de não ser importunado, devassado, visto por olhos estranhos. A noção de intimidade ou vida

⁴²⁶ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 48.

⁴²⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual** ..., Tomo IV. p. 7.

⁴²⁸ Destaque-se de antemão que essa afirmação é no sentido da mais pura constatação e não de crítica e menosprezo por aqueles que se dedicam ao estudo do direito à intimidade seja na seara constitucional, seja na seara civil, seja em outros ramos do direito, até porque, todos aqueles que se dedicam ao estudo desse importante direito reconhecem que o mesmo apresenta uma série de dificuldades em sua definição haja vista que sua noção carrega consigo uma forte carga emotiva que o torna por vezes equivocado e ambíguo o que, por certo, dificulta a precisão de seu significado. (PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 327).

Não é por menos que Paulo Mota Pinto afirma que: “definir com rigor a ‘privacidade’ é uma tarefa que parece raiar os limites do impossível.” (MOTA PINTO, Paulo. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, Vol. LXIX, 1993, p. 504.)

privada é vinculada à noção relativa e subjetiva de espaço e tempo, o que explica a dificuldade do tema.”⁴²⁹

Ao comentarem o inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins entendem que:

O inciso oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.⁴³⁰

Pinto Ferreira, após advertir que as Constituições anteriores não asseguravam um verdadeiro direito a intimidade, se não apresenta um conceito específico para o termo, ao menos procura delimitar seu conteúdo baseando-se nas conclusões da Conferência de Estocolmo de 1967:

O documento de Estocolmo alinha cinco ofensas ao direito à intimidade: penetração no reatamento da solidão da pessoa, incluindo-se no caso o espreitá-la pelo segmento, pela espionagem ou pelo chamamento constante ao telefone; gravação de conversas e tomadas de cenas fotográficas e cinematográficas das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral; audição de conversações privadas por interferências mecânicas de telefone, microfilmes dissimulados deliberadamente; exploração de nome, identidade ou semelhança da pessoa sem seu consentimento, utilização de falsas declarações, revelação de fatos íntimos ou crítica da vida das pessoas; utilização em publicações, ou em outros meios de informação, de fotografia ou gravações obtidas sub-repticiamente nas formas precedentes.⁴³¹

Já André Ramos Tavares, após reconhecer a dificuldade em se conceituar o direito à intimidade e a utilização reiterada do termo como sinônimo de direito à privacidade entende que a intimidade pode ser vista como “tudo quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e de agir.”⁴³²

Para Manoel Jorge e Silva Neto “o direito à intimidade expressa a esfera recôndita do indivíduo, assegurada a tutela judicial em face da possibilidade de divulgação.”⁴³³

⁴²⁹ CRETELLA JR., José. **Comentários** ..., p. 257.

⁴³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários** ..., p. 62.

⁴³¹ FERREIRA, Pinto. **Comentários** ..., p. 79.

⁴³² TAVARES, André Ramos. **Curso** ..., p. 588.

Ultrapassando as fronteiras brasileiras, no Direito Comparado encontram-se as seguintes concepções para o direito à intimidade.

Miguel Angel Ekmekdijan após ressaltar sua opinião de que o direito à privacidade ou à intimidade é um dos conteúdos principais do direito à dignidade, define este como sendo “a faculdade que tem cada pessoa de dispor de uma esfera, espaço privativo ou reduto inviolável de liberdade individual, o qual não pode ser invadido por terceiros, sejam eles particulares ou o próprio Estado, mediante intromissões de qualquer espécie.”⁴³⁴ Segue seu raciocínio afirmando que “o reconhecimento desse direito pressupõe as condições mínimas e indispensáveis para que o homem possa desenvolver sua pessoa e sua individualidade com inteligência e liberdade. É o direito que tem um homem de ser deixado na solidão de seu espírito.”⁴³⁵

Ainda em território argentino Néstor Pedro Sagüés tratando o direito à intimidade como sinônimo de direito à privacidade entende que “concretamente, o Estado deve realizar a *proteção da privacidade*, começando por não intrometer-se nela, respeitando a *área de imunidade* de toda pessoa.”⁴³⁶

Em terras espanholas Teresa Puente Muñoz aponta o direito à intimidade como sendo “a salvaguarda de toda a zona espiritual, íntima e reservada, de uma pessoa ou de um grupo, especialmente a família.”⁴³⁷

Baseando-se em sentença do Tribunal Constitucional Espanhol, Enrique Alvarez Conde entende que este direito fundamental está vinculado a própria personalidade e implica na afirmação de que a intimidade assegura a existência de um âmbito próprio e reservado frente à ação e conhecimento dos demais, necessário para manter uma qualidade mínima da vida humana⁴³⁸.

⁴³³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional. São Paulo: LTr, 1999. p. 42.

⁴³⁴ EKMEKDIJAN, Miguel Angel. **Manual de la Constitución Argentina**. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 2002. p. 95.

⁴³⁵ EKMEKDIJAN, Miguel Angel. Op. cit., pp. 95-96.

⁴³⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**. Tomo 2. 3. ed. atual. ampl. 2ª. reimp. Buenos Aires: ASTREA, 2003. p. 384. (palavras em itálico grifadas no texto original)

⁴³⁷ MUÑOZ, Teresa Puentes. El derecho a la intimidad en la Constitución. **Anuario de derecho civil**, vol. 33, n. 4, 1980, p. 921.

Esses são alguns dos conceitos extraídos da doutrina do Direito Constitucional relacionados ao interesse juridicamente protegido denominado intimidade.

Apresentados os conceitos em sede de Direito Constitucional convém agora passar os olhos sobre as definições existentes na doutrina do Direito Privado.

5 O DIREITO A INTIMIDADE NA ÓTICA DO DIREITO PRIVADO: O DIREITO À INTIMIDADE TRATADO COMO MANIFESTAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Dada a ausência de previsão expressa nas Constituições anteriores a 1988 acerca da necessidade de proteção ao bem jurídico intimidade⁴³⁹ a tarefa dogmática de elaboração de seu conteúdo foi declinada para o direito privado. Ao estudá-lo, o direito privado tratou-o como uma espécie dos direitos de personalidade⁴⁴⁰. Diante desse enquadramento parece adequado antes mesmo de se analisar os conceitos formulados pelo direito privado para esse instituto analisar-se o que pode se entender por direitos de personalidade.

5.1 O QUE SÃO OS DIREITOS DE PERSONALIDADE?

A primeira pergunta que merece ser respondida nessa etapa da pesquisa é: o que se pode entender por direitos de personalidade?

⁴³⁸ CONDE, Enrique Alvarez. **Curso de Derecho Constitucional**. Vol. 1. 3. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1999. p. 354.

⁴³⁹ Destaque-se que até algumas décadas atrás acreditava-se que o direito à intimidade, assim como os direitos de personalidade, não se confundiam com os “direitos do Homem”. Entendia-se assim que o direito à intimidade e os direitos de personalidade eram instrumentos utilizados pela sociedade para fruição de um modo próprio de viver sendo que sua proteção se dirigia diretamente à defesa contra abusos perpetrados por outros indivíduos, enquanto que os “direitos do Homem”, enquanto direitos públicos, formariam um conjunto de regras no intuito de por-se o indivíduo ao resguardo dos abusos do poder governamental. Nesse sentido: SIDOU, J. M. Othon. Direito à intimidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 421, nov./1970.p. 13 e FERNANDES, Milton. Direitos da personalidade e Estado de Direito. **Revista Brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 50, jan./1980. p. 161.

⁴⁴⁰ Segundo José María Desantes o fato da intimidade ter sido via de regra estudada na perspectiva dos direitos de personalidade se deve ao fato de que em sua essência, quando se fala em intimidade, concreta-se essa como parte integrante do conceito filosófico da personalidade pelo qual só homem tem a possibilidade de viver fora e dentro de si, só o homem guarda subjetividade. (DESANTES, José María. **El derecho fundamental a la intimidad** ..., p. 276.)

Encontrar uma só resposta para essa pergunta não é tarefa fácil. Não é por menos que Gustavo Tepedino afirma que “poucos temas jurídicos revelam tantas dificuldades conceituais quanto aquele relacionado a definição sobre o que seriam os direitos de personalidade”⁴⁴¹. A dificuldade é tamanha que Eroulths Cortiano Jr. constatou com singularidade que: “sua obscuridade permeia os estudos. Sua sutileza assombra os juristas. Sua amplitude desorienta a doutrina. Sua dimensão assusta a jurisprudência. Sua existência flexibiliza e desestabiliza o direito civil, com repercussões por todo o direito.”⁴⁴² Daí porque Francisco Amaral advertir que não se encontra na doutrina uma uniformidade de entendimento acerca de sua existência, conceituação, natureza e âmbito de incidência⁴⁴³.

Nada obstante toda essa dificuldade, analisando-se o seu desenrolar histórico tem-se uma ideia das particularidades relacionadas a essa tão importante categoria jurídica.

Apesar de não se encontrar dissenso doutrinário acerca do reconhecimento de que o desenvolvimento do direito de personalidade trata-se de uma construção jurídica recente⁴⁴⁴ reconhece a doutrina que a ideia de direito de personalidade surgiu tardiamente na dogmática jurídica⁴⁴⁵.

Encontram-se referências na Antiguidade de categorias jurídicas que teriam como objetivo tutelar a personalidade humana tais como a *hybris* grega e a *iniura romana*⁴⁴⁶⁻⁴⁴⁷. Alguns autores como Caio Mário da Silva Pereira afirmam que em

⁴⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2001. p. 24.

⁴⁴² CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *In Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Coord.: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. pp. 42-43.

⁴⁴³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6 ed. rev., atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil e leis posteriores. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 248.

⁴⁴⁴ Nesse sentido: FACHIN, Luis Edson. Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. *In Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial*. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Coords.: Flávio Tartuce e Ricardo Castilho. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 625; FERNANDES, Milton. Direitos da personalidade e Estado de Direito. **Revista Brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 50, jan./1980, p. 157.

⁴⁴⁵ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil português**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2000. Vol. I. Tomo I. p. 203.

⁴⁴⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade** ..., p. 23.

todos os tempos e em todas as fases da civilização romano-cristã nunca faltaram conceitos normativos e teóricos que visassem assegurar condições mínimas de respeito ao indivíduo, como ser, como pessoa, como integrante da sociedade⁴⁴⁸. Contudo o certo é que os instrumentos até então formulados não reproduziam a ideia do que hoje se admite como sendo o de proteção a um direito de personalidade.

Os direitos de personalidade tal como concebidos atualmente vão se impondo progressivamente no decorrer da História atingindo seu ponto culminante na segunda metade do século XX dentro do chamado humanismo personalista que se expandiu sobre as ruínas da Guerra⁴⁴⁹.

De fato, após o término da Segunda Grande Guerra Mundial, especialmente na Europa, passou-se a ter particular consciência dos riscos de subalternização do indivíduo em face da estrutura do poder detentora do aparelho do Estado. Como se noticiou anteriormente, a aceleração do desenvolvimento tecnológico do pós-guerra produziu meios que propiciaram diversas interferências na vida dos cidadãos. Não fosse isso diante de uma cada vez mais crescente especialização e secundarização das largas faixas do trabalho, o recolhimento e a utilização informática de dados pessoais, a pressão do consumismo e a impiedade das suas técnicas de publicidade, a subida do *stress*, a angústia e a tensão no interior do homem e a sedimentação da competitividade e da agressividade nas relações intersubjetivas⁴⁵⁰, o homem contemporâneo passou a reivindicar para si um certo espaço, um determinado território, uma concreta esfera de resguardo e de ação, que lhe possibilitassem defender-se e afirmar-se no meio social. E, mais do que isso, o homem contemporâneo, embora reconhecesse a necessidade de igualação num

⁴⁴⁷ Para uma melhor visualização do desenvolvimento histórico dos direitos de personalidade consultar o mesmo SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade** ..., especialmente pp. 23-62; do mesmo autor Direitos de personalidade na antiga Roma. **RDC**, n. 43, 1998 e OLIVEIRA, Moacyr de. Evolução dos direitos de personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 402, pp. 29-32, abr./1969.

⁴⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 22. Para o mesmo Caio Mário todos os sistemas jurídicos, em maior ou menor escala, puniam os atentados contra a vida, à integridade física e moral o que representa em certa medida a preocupação na defesa da personalidade do indivíduo.

⁴⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade ..., p. 113.

⁴⁵⁰ SOUZA, Rabindranath Valeixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 84.

conjunto de condições sociais básicas (tais como educação ou saúde), passa a reclamar, ciente de que sua individualidade estava sendo constantemente ameaçada pela *normalização* e *massificação*, um direito à diferença que contemple a especificidade de sua personalidade⁴⁵¹.

Daí surge a necessidade de defender-se com maior amplitude alguns bens sem os quais a pessoa restaria vazia, despida de qualquer conteúdo e significado⁴⁵². Ressurge o direito de personalidade.

Mas então o que se pode entender por direitos de personalidade?

Para Paulo Mota Pinto os direitos de personalidade podem ser vistos como um conjunto de direitos subjetivos que incidem sobre a própria pessoa ou sobre alguns fundamentais modos de ser, físicos ou morais, da personalidade, e que são inerentes, portanto, à pessoa humana. Podem ser vistos como direitos das pessoas que tutelam bens ou interesses da sua própria personalidade⁴⁵³.

Autores como Rubens Limongi França entendem que os direitos de personalidade são “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções.”⁴⁵⁴

⁴⁵¹ SOUZA, Rabindranath Valeixo Capelo de. **O direito geral de personalidade** (...). p. 84.

⁴⁵² Segundo Walter Moraes para que uma pessoa possa subsistir como sujeito de direito e desenvolver regularmente sua vida jurídica, torna-se necessário que esteja de posse de certos bens, dentre os quais se encontram os direitos de personalidade. Desses direitos o sujeito não pode prescindir uma vez que, sem eles, a personalidade jurídica não subsiste e, subsistindo, tolhe-se a ponto de perder as condições de desempenhar o seu potencial. (MORAES, Walter. Direito da personalidade: estado da matéria no Brasil. In **Estudos de Direito Civil**. Coord.: Antonio Chaves. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 125.)

Essa ideia condiz com o pensamento de Adriano de Cupis para quem:

“existem certos direitos, sem os quais a personalidade seria apenas uma situação completamente insatisfeita, esvaziada de qualquer valor concreto; direitos, sem os quais todos os demais direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo: a ponto de se poder dizer que, se estes direitos não existissem, a pessoa não poderia entender-se como tal. São estes os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais identificam-se justamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais, justifica-se através da consideração de que estes se constituem o núcleo mais profundo da personalidade.” (DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004. p 24.)

⁴⁵³ MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado Org.: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 62.

⁴⁵⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 557. Jan./1983. p. 9.

Já Francisco Amaral qualifica-os como direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. Como direitos subjetivos que são conferem ao seu titular o poder de agir na defesa de bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico, o direito à vida e ao próprio corpo; no aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor; e no aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e, ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos⁴⁵⁵.

Para Carlos Alberto Bittar, o qual declara-se abertamente simpático aos ideais naturalistas, os direitos de personalidade constituem-se direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo. Para o mesmo autor esses direitos devem ser compreendidos como: “a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).”⁴⁵⁶

Na Argentina Santos Cifuentes, nominando-os como direitos personalíssimos⁴⁵⁷, define-os como “direitos subjetivos privados, inatos e vitalícios, que tem por objeto manifestações interiores da pessoa, e que, por serem inerentes, extrapatrimoniais e necessários, não podem transmitir-se nem dispor-se de forma absoluta e radical”⁴⁵⁸.

Visando não se estender muito na apresentação dos conceitos destaque-se, por fim que Silvio Romero Beltrão entende os direitos de personalidade como uma “categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa

⁴⁵⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil** ..., pp. 247-248.

⁴⁵⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7 ed. rev. atual. e ampl. De acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. pp. 7 e 10.

⁴⁵⁷ O autor argentino reconhece que é usual a indicação desses direitos como sendo *direitos da personalidade*. No entanto, para ele, a expressão *direitos personalíssimos* é a mais adequada pois representa a ideia de direitos pessoais em um grau superlativo. (CIFUENTES, Santos. **Elementos de derecho civil**: parte general. 4 ed., atual. e ampl. 3 reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. p. 54.)

⁴⁵⁸ CIFUENTES, Santos. **Elementos** ..., p. 54.

humana garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas.”⁴⁵⁹

Das poucas denominações colhidas se verifica que os direitos de personalidade são direitos qualificados como direitos subjetivos que têm por objeto proteger os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual, cuja defesa não pode ser deixada à margem da ordem jurídica haja vista que tais bens representam o que há de mais importante para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e, portanto, para manutenção de sua própria dignidade.

Nada obstante atualmente já não se discuta a necessidade de se defender os direitos de personalidade convém destacar que, no início, isso não era bem assim.

5.2 A INICIAL NEGAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE: CONFUSÃO ENTRE PERSONALIDADE COMO OBJETO E TITULAR DE DIREITOS

Apesar de atualmente se aceitar com relativa facilidade a proteção privilegiada que deve ser dispensada aos direitos de personalidade convém destacar que até que essa categoria fosse aceita majoritariamente pela doutrina a mesma sofreu forte objeção a ponto de ser negada como categoria jurídica.

O principal argumento para sua negação residia na dificuldade em enquadrar esse direito dentro de uma das duas categorias clássicas do direito civil, o direito objetivo e o direito subjetivo⁴⁶⁰.

Uma das teorias que admitiam os direitos de personalidade como direitos autônomos concebia-o como o direito que alguém possuía sobre sua própria pessoa, na evolução da antiga noção do *ius in se ipsum*. Para essa teoria o direito de personalidade deveria ser entendido como um direito que alguém possuía sobre

⁴⁵⁹ BELTRÃO, Silvio Romero. Tutela jurídica dos direitos da personalidade. in **Questões controvertidas no novo Código Civil**. Coord.: Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 451.

⁴⁶⁰ Para que se entenda os motivos da discussão é preciso lembrar com San Thiago Dantas que muitos escritores opõem o direito objetivo ao direito subjetivo. Direito objetivo poderiam ser vistos como as normas que compõem o sistema jurídico ligadas então à ideia de deveres jurídicos e o direito subjetivo como a faculdade de que o titular se veria revestido de exercê-las. Em outros termos, o direito objetivo seria a *norma agendi* e o direito subjetivo a *facultas agendi*. (DANTAS, San Thiago. **Programa de Direito Civil**. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 155.)

si mesmo e que teria por objeto a própria pessoa⁴⁶¹. Nesse sentido o direito de personalidade poderia ser qualificado como verdadeiro direito subjetivo.

Com tal qualificação não concordavam vários autores⁴⁶² dentre os quais Savigny que rechaçavam essa teoria argumentando que tal concepção autorizaria o indivíduo a dispor de si mesmo livremente, podendo, inclusive, lançar mão do suicídio⁴⁶³.

Surge aí um período de forte objeção e, de certa maneira, de negação dos próprios direitos de personalidade.

A polêmica quanto à natureza desse direito ainda encontra-se aberta⁴⁶⁴ sendo que, segundo noticia Carlos Alberto Bittar, a tese prevalecente é a de que esse direito trata-se de verdadeiro direito subjetivo⁴⁶⁵. No entanto é de bom alvitre mencionar que há aqueles que defendam ser mais adequado tratá-lo como direito objetivo e subjetivo concomitantemente⁴⁶⁶⁻⁴⁶⁷.

⁴⁶¹ Direitos de personalidade e sua tutela (...). p. 42.

⁴⁶² Gustavo Tepedino informa que alguns autores que representavam a negação de uma categoria própria dos direitos de personalidade eram dentre outros Roubier; Unger; Dabin; Thon; VonThur; Ennecerus; Zitelmann; Crome; Jellinek; Ravà; Simoncelli. (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. in **Temas de Direito Civil**. 3 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25.)

⁴⁶³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade** ..., p. 4.

⁴⁶⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p 135.

⁴⁶⁵ Bittar fundamenta sua conclusão a partir do acolhimento dessa qualificação por autores como: Ferrara, Venzi, Ruggiero, Pacifici-Mazzoni, Coviello, Gangi, Messineo, De Cupis, Rotondi, Degni, Planiol, Ripert; Boulanger, Lindon, Pires de Lima, Antunes Varela, Martin Balestero, Limongi França, Orlando Gomes e Milton Fernandes. (BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade** ..., p. 5.)

Além desses autores ainda pode se citar Rabindranath A. V. Capelo de Souza para quem o direito de personalidade é um "insofismável direito subjetivo privado" (in **O direito geral de personalidade** ..., pp. 614-615.).

⁴⁶⁶ Essa é a posição de Pedro Pais de Vasconcelos. Para o autor português o direito de personalidade em sua vertente objetiva pode ser entendida como a regulação jurídica relativa à defesa da personalidade, consagrada, quer no direito supranacional, na lei constitucional, na lei ordinária, cuja razão de ser se funda em razões de ordem pública e é alheia à autonomia privada, tendo a ver com a defesa da Humanidade, da globalidade de toda a espécie humana, cuja exigência moral é a de ser respeitada por todos. Já a perspectiva subjetiva é composta pela faculdade do sujeito de defender sua dignidade, exigindo respeito e autorizando-o a lançar mão dos meios adequados e razoáveis para defender sua personalidade. (VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2005. pp. 39-40)
Para o mesmo autor:

5.3 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO DIREITOS TÍPICOS

A discussão em torno da natureza dos direitos de personalidade (se subjetivos ou objetivos) contribuiu para fragmentar e compartimentalizar tais direitos em diversas categorias fluídas.

Do século XIX ao início do século XX, época em que os direitos de personalidade voltaram a ser objeto de discussão nas ordens jurídicas, objetou-se classificarem-nos em diversas espécies e categorias.

“Estas regras são impostas pelo respeito pela dignidade humana, que se impõe ao próprio legislador. Ao legislá-las o Estado cumpre um dever de soberania e concretiza em lei uma ordem jurídica que lhe é superior. Não está no poder do Estado legislar ou não nestas matérias, consagrar ou revogar o direito à vida e à dignidade pessoal. Também as próprias pessoas, individualmente consideradas, não têm o poder de prescindir, de alienar ou de renunciar ao direito à vida e à dignidade pessoal. Estes direitos estão fora da disponibilidade, quer do legislador, quer dos seus titulares, que não podem prescindir, alienar nem dispor deles. No âmbito material do direito objectivo, a tutela da personalidade institui para todos, quer para o Estado, os seus organismos e pessoas colectivas públicas, um dever de respeito pela dignidade humana de todas e quaisquer pessoas singulares (...).” (Ibid.)

⁴⁶⁷ No mesmo sentido Diogo Leite de Campos para quem os direitos de personalidade se mostram uma “categoria em reapreciação”. Para o autor português afirmar o direito de personalidade como direito subjetivo puro, como um poder de vontade ao serviço dos interesses do seu titular é, pelo menos, unilateral e incompleto. Essa afirmação põe de lado a outra face do direito, a face do dever. O dever do titular do direito para com a outra parte, a atenção que deve aos interesses desta. Para ele, a relação jurídica só se constitui (via de regra) mediante o acordo de todas as partes, que se harmonizam para constituírem um conjunto equilibrado. Há aqui uma igualdade originária, genética, que se deve manter durante toda a relação. O funcionamento da relação jurídica não assenta em sucessivos atos de poder, conseqüentes de uma afirmação genética de poder; mas sim em atos de colaboração, eticamente fundados, destinados a perpetuar a composição original. Assim, a paridade ontológica dos seres humanos exclui que se estabeleçam entre eles relações de poder. Deus não fez, dos primeiro homens, soberanos, mas antes pastores de rebanhos. Daí porque o autor entende que o direito subjetivo vê-se transformado. Ele se mostra composto internamente também pelo dever ético-jurídico perante a outra parte, transforma-se em poder-dever; de instrumento de poder, converte-se em veículo de colaboração. Passa a ser visto agora mero componente de uma complexa posição jurídica integrada por poderes-deveres. Assim, a onipotência dos direitos da personalidade não deve ser sinónimo de estado-de-guerra, mas marca de identidade entre os seres humanos e, logo, de ordem entre iguais. Daí porque o autor defende que não há um direito à vida no sentido do indivíduo dispor da própria vida mas antes no sentido de a respeitar e a defender, como se respeitam e defendem, por identidade de razões, as vidas de todos os outros e de cada um. Julga Diogo Leite de Campos que é nesta recuperação do sentido natural dos direitos de pessoa que se deverá encontrar a ultrapassagem do individualismo selvagem resultante da integração dos direitos subjetivos em geral, e dos direitos da pessoa em particular, nas relações sociais de poder. (CAMPOS, Diogo Leite. **Nós, estudos sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004. pp. 162-163.)

Assim, os códigos oitocentistas quando procuravam garantir a sua defesa⁴⁶⁸ o faziam de forma mínima, extremamente pontual. As codificações traziam em seu bojo uma série *fechada* de direitos de personalidade o que conduzia a doutrina a qualificá-los como direitos *típicos*⁴⁶⁹. O reflexo dessa qualificação (direitos típicos) era a de que somente mereceriam tutela os direitos ali especificados. Caso a ofensa se dirigisse a um direito que ali não estivesse previamente demarcado, a ofensa não poderia ser qualificada como ilegal.

A explicação para esse rol *fechado*, *típico*, pode ser encontrada na própria natureza daquelas codificações. Como se sabe os códigos civis oitocentistas foram concebidos sob o espírito individualista e proprietário dos séculos XVIII e XIX⁴⁷⁰. Sua preocupação era muito mais a de proteger a propriedade do que propriamente a pessoa⁴⁷¹. Os *direitos do homem*, acaso necessitassem de defesa, deveriam ser protegidos pelas constituições por meio dos direitos fundamentais⁴⁷²⁻⁴⁷³. A função

⁴⁶⁸ Destaque-se que o Código Civil Brasileiro de 1916 era silente nessa matéria.

⁴⁶⁹ Direitos típicos podem ser entendidos como aqueles direitos previamente fixados em um rol legal.

⁴⁷⁰ Como se mencionou no item “1.3” do primeiro capítulo desse trabalho os códigos civis oitocentistas foram concebidos para a defesa dos interesses da classe burguesa de fins do século XVIII e início do Século XIX. Nesse sentido Alberto Trabucchi para quem:

“Il piú insigne codice dell'epoca moderna è il Codice Napoleone del 1804 (...). Questo codice civil rappresenta pur sempre la piú alta espressione del processo di codificazione disegnando un sistema compiuto delle strutture di società borghese.” (TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di Diritto Civile**. 37 ed. Padova: CEDAM, 1997. p. 17)

⁴⁷¹ Não é por menos que os códigos civis eram concebidos como o “reino da liberdade individual”.

⁴⁷² Milton Fernandes é um daqueles que entendem que o excepcional destaque atribuído à defesa dos direitos do *homem* pelos publicistas contribuiu para que os privatistas o considerassem até meados do século XX como matéria exclusiva do direito constitucional, administrativo ou penal, fazendo com que a dogmática do direito privado então mostrasse-se despreocupada em estudá-la de forma mais aprofundada. (FERNANDES, Milton. Direitos da personalidade e Estado de Direito. **Revista Brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 50, jan./1980, p. 168.)

⁴⁷³ No mesmo sentido interessante destacar a seguinte passagem da **Consolidação das Leis Civis** de Augusto Teixeira de Freitas:

“A sanção dos delictos contra a personalidade – contra os direitos de *liberdade* e *segurança*, fica preenchida em muitos casos com a applicação da pena sómente. Quando não fica preenchida, por haver danno resultante, cuja reparação é necessária, a legislação tem providenciado para a satisfação desse danno. Resulta pois, que os direitos de personalidade entrão na legislação civil, tanto quanto se faz preciso que entrem, segundo os principios. Sem dúvida, os direitos de personalidade, quaes são todos os que resultão do desenvolvimento de nossa liberdade, e que têm hoje tantas denominações, carecem de explicitações ou restricções, como carece o direito de propriedade, restricções que os harmonisão com as exigencias do bem social; (...)”

dos códigos então era a de proteger a liberdade comercial dos cidadãos e não seus direitos como pessoa. Aliado a essa natureza não se deve esquecer que a própria dogmática jurídica prevalecente na época (o jusnaturalismo francês e a pandectística alemã)⁴⁷⁴, visavam conceber o direito civil como um sistema único, completo e fechado, capaz assim de cristalizar todas as categorias jurídicas destinadas a tutelar a vida e as relações humanas. O sistema fechado contemplava o anseio de segurança jurídica do cidadão burguês pois só os direitos estabelecidos na lei reclamariam proteção jurídica.

O reflexo disso para os direitos de personalidade é o de que os mesmos passaram a ser fracionados, diluídos em diversas categorias. Asseguram-se assim poucos direitos de personalidade, sendo que, eventuais ofensas à pessoa fora daqueles específicos *numerus clausus* não mereceriam então tutela jurídica.

Não é preciso mencionar que o caráter típico dos direitos de personalidade não foi suficiente para dar conta de proteger o indivíduo de agressões advindas do surgimento de novas tecnologias e do avanço da sociedade.

5.3.1 A insuficiência do caráter fechado (típico) dos direitos de personalidade

Se o cidadão do século XIX e da primeira metade do século XX não se sentia ameaçado em seus direitos de personalidade o mesmo não se pode dizer do indivíduo da segunda metade do século XX e início do século XXI.

De fato, após a Segunda Guerra Mundial e as tragicidades provocadas pelos regimes totalitários⁴⁷⁵, sentiu-se a necessidade de fortalecer a defesa dos direitos de

(...) Se deseja-se o reconhecimento legal dos direitos individuais de personalidade, tão invioláveis como o de propriedade, é o que se tem feito, e se deve fazer, por meio de simples enunciações nas Constituições Políticas." (FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Nova edição refundida, aum. com os decs., leis e avisos publicados até 1910. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910. pp. CV-CVI.) Grafia original.

⁴⁷⁴ Segundo Orlando de Carvalho o Código de Napoleão e o BGB apesar de terem se desenvolvido sob diferentes perspectivas (o francês sob ideais jusracionalistas e o alemão na busca de critérios estritamente científicos pelo que predominavam os métodos indutivo e dedutivo) não deixam de atender o interesse de uma só classe: a burguesia. (CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria jurídica da relação civil**. 2 ed. Vol. I. Coimbra: Centelha, 1981. p. 28.)

⁴⁷⁵ A seguinte passagem de Comparato dá uma clara ideia da ofensa aos direitos de personalidade promovidos pelos regimes totalitários da época:

personalidade. Não bastassem os horrores vivenciados por seres humanos nos campos de concentração, o as gigantescas transformações da economia pelas quais muitos indivíduos passassem a ser vistos mais como uma engrenagem do sistema, do que propriamente como seres humanos dignos de proteção⁴⁷⁶, aliados ao já demonstrado avanço tecnológico demonstraram a insuficiência do rol típico, fechado, para defesa dos direitos de personalidade⁴⁷⁷.

Havia então a premente necessidade de se desenvolver a abertura do rol típico até então previsto nos códigos para que os direitos de personalidade pudessem ser plenamente protegidos.

A abertura representa a passagem do típico para o atípico em se tratando de defesa dos direitos de personalidade⁴⁷⁸. Essa passagem conduz ao

“A criação do universo concentracionário, no Século XX, veio demonstrar tragicamente a justeza da visão ética kantiana. Antes de serem instituições penais ou fábricas de cadáveres, o *Gulag* soviético e o *Lager* nazista foram gigantescas máquinas de despersonalização de seres humanos. Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão-só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, *esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número*, freqüentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E, nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto de comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica** ..., p. 23) (grifo em itálico nosso)

⁴⁷⁶ Para o mesmo Comparato:

“Analogamente, a transformação das pessoas em coisas realizou-se de modo menos espetacular, mas não menos trágico, com o desenvolvimento do sistema capitalista de produção. Como denunciou Marx, ele implica a reificação das pessoas, ou melhor, a inversão completa da relação pessoa-coisa. Enquanto o capital e, por assim dizer, personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável. O mesmo processo de reificação acabou transformando hodiernamente o consumidor e o eleitor, por força da técnica de propaganda de massa, em objeto de direito. E a engenharia genética tornou possível a manipulação da própria identidade pessoal, ou seja, a fabricação do homem pelo homem.” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica** ..., pp. 23-24)

⁴⁷⁷ Aliás, os próprios códigos eram alvos de críticas uma vez que a celeridade da vida não podia ser detida pelas muralhas de um direito codificado. Acontecimentos, ora na simplicidade da existência cotidiana, ora marcados pelos de maior gravidade, exigiam novos comportamentos legislativos. Em consequência, um edifício demoradamente construído, como era o de um Código, via-se atingindo por exigências frequentes, necessitando de suprimentos legislativos. Nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 105.

desenvolvimento, ou nas palavras de Szaniaski o “renascimento”, do direito geral de personalidade.

5.4 A BUSCA DA ABERTURA DO CARÁTER TÍPICO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE: O DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

Diante das novas demandas da sociedade a proteção fracionada e fragmentária de direitos de personalidade, enumerados e legalmente tipificados, se mostrava manifestamente insatisfatória. Segundo Lamartine e Muniz a tipologia que se pretendia exaustiva não exauria a realidade e camuflava o sentido único de toda a problemática⁴⁷⁹. Daí porque ficava visível a necessidade de introduzir-se no direito legislado uma cláusula geral apta a, através da concreção, fornecer a base de uma jurisprudência coerente e suficientemente sensível para a solução das mais variadas hipóteses de lesão aos direitos da personalidade. Isso explicava-se não só pelas novas etapas do desenvolvimento da sociedade, mas também pela própria natureza da personalidade humana⁴⁸⁰⁻⁴⁸¹. Assim, propugnou-se que se criasse uma cláusula

⁴⁷⁸ Uma clara amostra da passagem do típico para o atípico pode ser encontrada no trabalho de José Lamartine Corrêa de Oliveira e de Francisco José Ferreira Muniz intitulado: O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 532. Fev./1980, especialmente às fls. 12 a 14 onde tais autores analisam a evolução dos direitos de personalidade nos sistemas germânico e italiano.

⁴⁷⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade ..., p. 14.

⁴⁸⁰ Isso porque a característica primordial da personalidade humana era (e é) a sua mutabilidade. Relembre-se com De Plácido e Silva que o termo personalidade deriva do latim *personalitas* que quer significar o conjunto de elementos que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou constituindo o indivíduo morfológica, fisiológica e psicologicamente, cujo resultado é a diferenciação daquele indivíduo de qualquer outro. Daí porque o mesmo De Plácido e Silva destaca que a personalidade *opõe-se* a acepção de generalidade, trazendo consigo o sentido de *individualidade*, *particularidade* e *singularidade*. (DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 21 ed. Atual.: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 605-606.) A mutabilidade da personalidade também é destacada por Rabindranath V. C de Souza em seu **Direito geral de personalidade** ..., pp. 110-111.

⁴⁸¹ A mutabilidade da personalidade humana se explica pelo fato de que o próprio homem é um ser em constante evolução e reconstrução, pois este é singularmente flexível e criador, moldado pelo passado e aberto para o futuro. (WEISS, Paulo. **A liberdade do homem**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1960. p. 19.

geral que fosse apta a dar conta de proteger a personalidade do ser humano em sua totalidade⁴⁸².

Ressurge nesses termos o direito geral de personalidade.

Mas o que pode se entender por direito geral de personalidade?

Para Paulo Mota Pinto o direito geral de personalidade pode ser visto como aquele direito cujo objeto é a defesa da personalidade humana em todas as suas manifestações, atuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis, capaz dessa forma de tutelar a livre realização e desenvolvimento do indivíduo, sendo o “princípio superior de constituição” dos direitos que se referem a particulares modos de ser da personalidade⁴⁸³. Para o mesmo autor esse direito confere uma tutela geral que, para além de se adequar melhor à irreduzível complexidade da personalidade humana – só podendo esta ser apreendida e tutelada numa perspectiva globalizante -, pode incluir bens da personalidade não tipificados. Seria, nesse sentido, aberto sincrônica e diacronicamente, permitindo a tutela de novos bens e em face de renovadas ameaças à pessoa humana, sempre tendo como referente o respeito pela personalidade, quer numa perspectiva estática quer na sua dinâmica e com jus à sua liberdade de desenvolvimento⁴⁸⁴.

Para Rabindranath Valeixo Capelo de Souza o direito geral de personalidade pode ser visto como o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana (v.g. da sua dignidade humana, da sua individualidade

⁴⁸² Segundo Anderson Schreiber:

“se exigia que a disciplina dos direitos da personalidade fosse fundada em cláusulas gerais que, escapando ao rigorismo de uma normativa excessivamente regulamentar, se mostrasse capaz de acompanhar a evolução tecnológica e científica, revelando-se, ainda, compatível com o fato de que as lesões a interesses existenciais protegidos pelo ordenamento jurídico provêm, não raro, de condutas que procuram realizar interesses existenciais outros, igualmente tutelados. Não se trataria mais, por conseguinte, de editar normas rígidas que privilegiassem uma manifestação ou outra da personalidade, mas de reconhecer o conteúdo necessariamente dialético e por assim dizer “móvel” dos direitos da personalidade, cuja exata extensão somente pode ser medida em face do interesse com que colide.” (SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. *In* **Diálogos sobre direito civil**. Org.: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Vol. II. p. 235.)

⁴⁸³ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. *In* **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado** Org.: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 68.

⁴⁸⁴ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ..., p. 68.

concreta e do seu poder de autodeterminação), com a consequente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou de deixar de praticar atos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida. Noção esta em que assume particular relevância o fato de estarmos aí perante um verdadeiro direito subjetivo, ou seja, face a um autêntico poder de exigir de outras pessoas um comportamento positivo ou negativo, normativamente determinado, com a possibilidade de recursos aos tribunais para a instauração de providências coativas, caso tal comportamento não se verifique. Simplesmente, o objeto tutelado por tal direito envolve a compreensão de uma *cláusula geral*, a personalidade humana, juridicamente tutelada. O que embora insira no direito geral de personalidade elementos de indefinição e de incertezas preliminares próprios das cláusulas gerais, que nos sistemas jurisprudenciais demasiado positivo-formais lhe cerceiam muito da sua eficácia prática, todavia permite, em sistemas jurisprudenciais valorativos, conferir ao direito geral de personalidade maleabilidade e versatilidade de aplicações a situações novas e complexas⁴⁸⁵. Sendo que o mesmo Rabindranath afirma que pode se definir positivamente o bem da personalidade humana juscivilisticamente tutelado como o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados⁴⁸⁶.

Como se vê a característica (e vantagem) de consagrar-se um direito geral de personalidade reside no fato dele permitir conceder tutela a bens pessoais não previamente tipificados, protegendo aspectos da personalidade cuja lesão (ou ameaça de violação) só com a evolução dos tempos assumam um significado de ilícito⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ SOUZA, Rabindranath Valeixo Capelo de. **O direito geral de personalidade** ..., p. 93.

⁴⁸⁶ SOUZA, Rabindranath Valeixo Capelo de. **O direito geral de personalidade** ..., p. 117.

⁴⁸⁷ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. 3 ed. 11 reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. pp. 207-208.

Essa ampla proteção justifica-se na medida em que se entenda que a personalidade não é só um direito, mas sim é um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente exigência mutável de tutela⁴⁸⁸.

Como se vê, a vantagem de admitir-se um *direito geral de personalidade* nos termos acima propostos consiste na possibilidade de admitir-se como objeto desse direito a personalidade humana em todas as suas manifestações, atuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis, tutelando a sua livre realização e desenvolvimento. Esse direito confere ao indivíduo uma tutela geral que, para além de se adequar melhor à irreduzível complexidade da personalidade humana – só podendo esta ser apreendida e tutelada numa perspectiva globalizante -, pode incluir bens da personalidade não tipificados⁴⁸⁹.

Destaque-se que dada a vantagem de admitir-se um direito geral de personalidade várias legislações mundo afora passaram a inserir e defender a existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade em seus ordenamentos⁴⁹⁰.

5.5 REFLEXOS DESSE DEBATE NO DIREITO BRASILEIRO

⁴⁸⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 764-765.

⁴⁸⁹ PINTO, Paulo Mota. Notas ..., p. 68.

⁴⁹⁰ Rabindranath V. C. de Souza noticia que além de Portugal reconhecer o direito geral de personalidade no art. 70º, também ele obtém o reconhecimento no Direito Alemão; no Direito Suíço; no Direito Austríaco e no Direito Grego. Nos países anglo-saxônicos com a extensão de situações que ensejam cada vez mais amplos e subsistentes *actions* inglesas por ilícitos civis extracontratuais e *torts* por ilícitos contra a personalidade, além da contínua ampliação do *right of privacy* norteamericano demonstram a necessidade de caminhar para uma tutela juscivilística geral da personalidade humana. O mesmo autor informa ainda que nos países de economia socialista, após um período de relutância e de reserva, foi ganhando alguma consistência a ideia do direito geral de personalidade, a par da consagração de direitos especiais de personalidade. E o processo, por certo, se radicará com a atual liberalização da maioria desses países. Para ele mesmo na França onde o positivismo legal mais fortemente deu preferência à especialização dos direitos de personalidade e repudiou a ideia de um genérico direito de personalidade, vem-se alargando progressivamente o leque dos direitos especiais de personalidade, que não estão sujeitos a qualquer *numerus clausus*. Acresce que a experiência vêm inculcando tal ideia do direito geral de personalidade naquele ordenamento, a ponto de ela ter sido expressamente consagrada em 1951 no projeto de Reforma do Código Civil francês. (SOUZA, Rabindranath Valeixo Capelo de. **O direito geral de personalidade** (...). pp. 85-88.)

5.5.1 Os direitos de personalidade no Código Civil de 1916

Os direitos de personalidade não constavam do diploma legislativo de 1916, de forma sistemática⁴⁹¹. O Código de Beviláqua fazia referência à personalidade de forma indireta, muito mais conectado a noção de capacidade de direito do que propriamente a defesa de bens inerentes ao ser humano. Assim, restavam tutelados os direitos de personalidade por meio de outros diplomas esparsos tais como na Lei de Imprensa e no Código de Telecomunicações (ofensa à honra), Lei de Registros Públicos (tutela do nome), Lei de Direitos Autorais (proteção da obra do autor), Lei sobre Transplantes (resguardo do corpo humano) dentre outras disposições isoladas⁴⁹².

Por muito tempo então os direitos de personalidade foram renegados em solo brasileiro apesar de doutrina de boa cepa⁴⁹³ ter tentado sistematizá-los dando-lhes uma maior proteção jurídica. No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988 essa perspectiva mudou.

⁴⁹¹ Apesar do Código Civil de 1916 ter sido promulgado quase nove anos após o Código Civil Suíço que data de 1907 e é considerado um dos pioneiros em se defender a personalidade por meio de uma cláusula geral o Código Civil ora revogado não trouxe em seu bojo uma cláusula geral de defesa da personalidade. A bem da verdade, defendeu a personalidade de forma lateral, indireta, por meio da proteção ao nome p. ex., tratando a personalidade como um atributo do sujeito de direito daí porque o art. 2º fazer referência a personalidade como a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações.

Para Milton Fernandes (1980; p. 155) a ausência é um dos sinais da marca do individualismo jurídico da época em que o Código foi lançado o que se coaduna com o pensamento de Elimar Szaniawski (2005; p. 135) que a omissão se deve a ideologia adotada pelo legislador de 1916 que deu ênfase aos interesses patrimoniais das classes dominantes, satisfazendo-se com as garantias individuais tuteladas pelo art. 72, da Constituição de 24.02.1891.

⁴⁹² GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Noção de pessoa no direito brasileiro - direitos da personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra. Vol. LXIX. 1993. p. 340.

⁴⁹³ Dentre os autores que se destacaram em solo brasileiro na defesa dos direitos de personalidade podem se citar Caio Mário da Silva Pereira que desde 1960 em sua **Instituições de Direito Civil** após discorrer sobre as relações patrimoniais, afirmava que a par desses direitos o homem é ainda sujeito de relações jurídicas que, despidas de expressão econômica intrínseca, representavam para o seu titular um alto valor, por se prenderem a situações específicas do indivíduo e somente dele. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. pp. 124-143.)

Digno de nota também o esforço de Orlando Gomes que em seu **Introdução ao Direito Civil** de 1957 já dedicava ao assunto mais de onze páginas, além de, em seu anteprojeto de Código Civil de 1963 abrir o capítulo do Livro das Pessoas com a regulamentação dos direitos de personalidade. (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. pp. 168-178.)

Na mesma linha dos dois tratadistas os vários trabalhos de Rubens Limongi França, Carlos Alberto Bittar, Antônio Chaves e outros.

5.5.2 Os direitos de personalidade na Constituição Federal de 1988

Seguindo a linha adotada por legislações estrangeiras e tendo como um de seus objetivos primordiais a defesa da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal abriu uma nova perspectiva em se tratando da defesa da personalidade.

Para vários doutrinadores brasileiros a Constituição Federal ao eleger a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República criou uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana⁴⁹⁴ tal como aquela existente no sistema alemão.

No escólio de Gustavo Tepedino a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental da erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento⁴⁹⁵.

Para Maria Celina Bodin de Moraes todos os direitos da personalidade estão garantidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana e vem a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana. A mesma autora afirma que o ponto de confluência desta cláusula geral é a dignidade da pessoa humana e, em seu cerne, encontra-se a igualdade, a integridade psico-física, a liberdade e a solidariedade⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Reconhecem a existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade: Gustavo Tepedino A tutela da personalidade no ordenamento Civil-constitucional Brasileiro ..., p. 37.; Eroulths Cortiano Jr. Alguns apontamentos ..., p. 47; AMARAL, Francisco. **Introdução** (...). p. 251; DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. in **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Coord.: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 45-46; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos de personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 6, abr./jun 2001, p. 85; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e código civil de 2002: uma abordagem contemporânea. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 853, nov./2006. pp.64-65.

⁴⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento (...). p. 50.

Segundo Eroulths Cortiano Jr. o Brasil fez a opção pelo direito geral de personalidade pois o preâmbulo constitucional é taxativo ao afirmar que a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são os valores supremos da sociedade brasileira, assegurados pelo Estado de Direito, além do que a Constituição erigiu a dignidade da pessoa humana a fundamento da República (art. 1º), garantindo a mesma carta política a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º), fatores esses que, conjugados, dialeticamente, autorizam-no a defender a adoção de uma cláusula geral de tutela da personalidade humana⁴⁹⁷.

Francisco Amaral se não de forma direta, mas indireta, parece reconhecer que a Constituição trouxe uma proteção forte aos direitos de personalidade. Para ele, a tutela jurídica dos direitos da personalidade é de natureza constitucional, civil e penal, tendo como suporte básico o princípio fundamental expresso no art. 1º, III, da Constituição brasileira que é o da dignidade da pessoa humana. Significa este princípio, que orienta e legitima o sistema jurídico de defesa da personalidade, que a pessoa humana é o fundamento e o fim da sociedade, do Estado e do direito e, como tal, a ele preexistentes⁴⁹⁸.

De bom alvitre mencionar que nem todos autores entendem que o só fato do legislador constitucional ter erigido como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana resulta em afirmar que o legislador constituinte criou uma cláusula geral de tutela da personalidade. Para alguns a opção do legislador constitucional foi a de manter a autonomia dos vários direitos de personalidade alegando que essa opção se deu pelo fato de que, de tempos em tempos, os vários direitos de personalidade podem se dividir em um ou mais direitos autônomos⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 127.

⁴⁹⁷ CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *In* **Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Coord.: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 47.

⁴⁹⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Civil** ..., p. 248.

⁴⁹⁹ Essa é a posição de Regina Beatriz Tavares da Silva. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema protetivo dos direitos de personalidade. *in* **Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. Coords.: Regina Beatriz Tavares da Silva e Manoel J. Pereira dos Santos. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 16-17.

Nada obstante esse posicionamento parece que a leitura mais adequada do sistema jurídico-constitucional brasileiro é aquela que reconhece a proteção integral dos direitos de personalidade erigida a partir da cláusula geral de tutela da pessoa humana extraída da dialética do inciso III, do artigo 1º, do texto constitucional⁵⁰⁰.

5.5.3 Os direitos de personalidade no Código Civil de 2002

Seguindo o espírito do legislador constituinte e atendendo (mesmo que em parte) os anseios da doutrina civilista, o legislador de 2002 inovou e trouxe no capítulo II, do Título I, do Livro I, um capítulo destinado especificamente à proteção dos direitos de personalidade.

A uma primeira visão (e se lido isoladamente) o Código Civil de 2002 teria adotado, na esteira do Código Civil italiano, uma forma tipificadora para regulamentar os direitos de personalidade⁵⁰¹.

Entretanto parece que não foi essa a intenção do legislador ordinário.

5.5.4 Existirá ou não uma cláusula geral de tutela da personalidade na novel lei civil?

A existência de uma cláusula geral no texto do novo Código Civil brasileiro é um tema bastante controverso na atualidade. Há aqueles que não reconhecem no texto de 2002 a existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade; aqueles que admitem sua existência e, ainda, aqueles que, simplesmente, talvez pela dificuldade do enfrentamento da questão, optam por não se posicionar acerca do tema.

Dentre os que *não* reconhecem a existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade podem se destacar autores de quilate como Luiz Edson Fachin e

⁵⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In **Direito Civil: Direito patrimonial e Direito Existencial**. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Coords.: Flávio Tartuce e Ricardo Castilho. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 635.

⁵⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e código civil de 2002: uma abordagem contemporânea. **Revista dos Tribunais**. Ano 95, vol. 853, Nov./2006. pp.64-65.

Paulo Mota Pinto. Fachin, apesar de reconhecer que o legislador de 2002 inovou ao inserir um capítulo específico no Código tratando dos direitos da personalidade, entende que o mesmo legislador pecou ao não inserir no texto uma *cláusula geral* de tutela da personalidade o que acaba por remeter o intérprete, invariavelmente, ao texto constitucional⁵⁰². Na mesma toada Carlos Mota Pinto que, ao fazer uma análise comparada entre os sistemas civis brasileiro de 2002 e o português de 1966, se manifesta no sentido de que o legislador brasileiro de 2002 não inseriu no texto uma cláusula geral de tutela da personalidade nos moldes da opção legislativa portuguesa de 1966 inserta no artigo 70⁵⁰³.

Por outro lado, existem outros autores que defendem a existência de uma *cláusula geral* de tutela da personalidade. Dentre eles podem se destacar Elimar Szaniawski e Renan Lotufo.

Para Elimar Szaniawski o artigo 12 do novo Código Civil contemplou uma cláusula geral de tutela da personalidade humana uma vez que as cláusulas gerais contidas no Código Civil devem ser lidas e interpretadas em consonância harmônica com a ideologia sobre a qual se assenta a Constituição, alicerçados sobre seus princípios eminentemente sociais que asseguram o bem estar comum, e que, igualmente, tem por respeito à pessoa humana e à sua dignidade. Para o mesmo autor, essa ideia é reforçada pela redação do artigo 12 do Código Civil brasileiro que não se distancia muito da norma prevista no artigo 28 do Código Civil suíço que expressa uma cláusula geral de tutela da personalidade⁵⁰⁴. Renan Lotufo se não diretamente, mas de forma indireta, parece também aceitar que o artigo 12 contém em seu bojo uma *cláusula geral* de tutela da personalidade uma vez que, pela redação do artigo, se constata que a preocupação do legislador em tutelar de forma ampla e não fragmentada os direitos de personalidade preocupando-se em primeira linha da tutela preventiva de modo a impedir que tais direitos sejam desrespeitados⁵⁰⁵.

⁵⁰² FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro ..., p. 641.

⁵⁰³ MOTA PINTO, Paulo. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil Brasileiro, **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 51, n. 314, dez./2003, p. 11.

⁵⁰⁴ SZANIAVSKI, Elimar. **Direitos de personalidade** (...). pp. 178-180.

Independentemente de aceitar-se, ou não, a existência dentro do corpo do Código Civil de 2002 de uma típica *cláusula geral* de tutela da personalidade⁵⁰⁶, o certo é que, analisando-se os comandos do novo Código Civil de forma conjugada com a cláusula geral de tutela da personalidade prevista no Texto Constitucional no art. 1º, inciso III (a dignidade humana como valor fundamental da República), parece ser mais adequado admitir que exista sim uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, ampliando-se por consequência a tutela da pessoa humana para além daqueles casos tipicamente previstos nos artigos 11 a 21 do novo Código, motivo pelo qual se pode afirmar que a disciplina trazida pelo Código de 2002 não pretende ser exaustiva⁵⁰⁷, mas sim exemplificativa, sendo que os comandos ali inseridos podem ser vistos como uma espécie de princípios fundamentais dos direitos da personalidade⁵⁰⁸ sempre abertos a albergar novas situações que necessitem de proteção⁵⁰⁹.

5.6 ADVERTÊNCIAS ACERCA DA INSUFICIÊNCIA DE VISUALIZAR-SE O DIREITO DE PERSONALIDADE SOB UMA ÓTICA PATRIMONIALISTA: A PASSAGEM DO *TER* PARA O *SER*

⁵⁰⁵ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 56-57. Vol. 1. Parte geral (arts. 1º a 232).

⁵⁰⁶ Destaque-se que nos filiamos ao entendimento de Elimar Szaniawski de que o artigo 12 representa sim uma cláusula geral de tutela da personalidade humana.

⁵⁰⁷ A essa mesma conclusão chegaram os participantes da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal no ano de 2006 aprovaram o enunciado n. 274 que tem o seguinte teor:

274 - Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

⁵⁰⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e Código Civil de 2002 ..., pp. 64-65.

⁵⁰⁹ Concordando com o caráter *aberto* e meramente *enunciativo* que deve ser aberto tanto ao rol constante no novo Código Civil quanto aos direitos mencionados na própria Constituição Federal e demais disposições legais: TEPEDINO, Gustavo, A tutela da personalidade no ordenamento (...). pp. 37-38; BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade** ..., pp. 42-43; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 28-29; RAMOS, Erasmo R. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 799, maio/2002, pp. 31-32; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e código civil de 2002: uma abordagem contemporânea. **Revista dos Tribunais**, vol. 853, nov./2006. pp. 64-65.

Para arrematar esse item relacionado aos direitos de personalidade convém relembra a salutar advertência de uma parcela da doutrina acerca da necessidade de promover-se um verdadeiro salto de qualidade quando da análise do direito de personalidade.

Como se demonstrou no item 5.2 desse capítulo a tese que prevalece quando se trata de identificar a natureza do direito de personalidade é aquela que o qualifica como direito subjetivo. No entanto, para Pietro Perlingieri o desenvolvimento dos direitos subjetivos se deu sob uma ótica eminentemente patrimonial, sob a ótica do *ter*, e não, do *ser*, o que, de certa forma, provoca o enfraquecimento e desvirtuamento dos direitos de personalidade⁵¹⁰.

Explica Perlingieri que, tradicionalmente, a tutela da personalidade é confiada ao campo do direito público e, em especial, ao direito penal, mas isso não impede que se reconheça também na disciplina civilística algumas de suas manifestações que a doutrina, utilizando-se de categorias elaboradas para classificar situações patrimoniais, esforça-se em qualificar como direitos subjetivos ou poder jurídico (*potestá*), ou por vezes, como interesses legítimos. Contudo, para o autor italiano, esse modo de ver o direito de personalidade provoca um certo desvio do problema: mesmo o discurso, aparentemente dogmático, da unidade ou da pluralidade dos direitos da personalidade não é neutro, pois subentende uma escolha que não respeita a Constituição. Abandonada a contraposição nítida entre “privado” e “público”, o problema da personalidade deve ser apresentado em relação ao ordenamento globalmente considerado e aos valores protegidos pelo mesmo⁵¹¹.

Nessa toada, expõe Perlingieri que dentro da temática dos direitos da personalidade distinguem-se duas concepções que visam reconhecer um direito geral da personalidade, ou, ao contrário, uma pluralidade de direitos da personalidade. No âmbito das concepções “atomísticas”, defrontam-se teorias que sustentam a existência de uma série aberta de direitos da personalidade (atipicidade) ou fechada (tipicidade). A contraposição entre tipicidade e atipicidade, aparentemente apenas técnica, encerra opções ideológicas e culturais⁵¹².

⁵¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional ..., pp. 760-762.

⁵¹¹ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional ..., pp. 760-762.

Para Perlingieri essa discussão acerca da temática dos direitos de personalidade mais prejudica do que ajuda. Isto porque a discussão centraliza-se em um direito de personalidade desenvolvido sobre a categoria do *ter* enquanto que o objeto de tutela deveria se apresentar com vistas a categoria do *ser*. Daí porque o mesmo autor afirmar que a natureza necessariamente aberta da normativa revela que não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado com base na categoria do *ter*. Na categoria do *ser* não existe dualidade entre sujeito e objeto, pois ambos representam o *ser*, e a titularidade é institucional, orgânica. Quando o objeto da tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar: torna-se uma necessidade lógica reconhecer, em razão da natureza especial do interesse protegido, que é exatamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecies* concretas, em hipóteses autônomas não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em situações isoladas, como nas teorias atomistas⁵¹³.

Adepto do pensamento de Perlingieri, Gustavo Tepedino também censura a maneira atual de tratamento dos direitos de personalidade por verificar que o debate entre as teorias monista e dualista sobre a conceituação, o objeto e o conteúdo do direitos da personalidade sempre são buscados através do paradigma dos direitos patrimoniais⁵¹⁴. Para o professor carioca isso é insuficiente pois imaginando-se a personalidade humana do ponto de vista estrutural (ora como o elemento subjetivo da estrutura das relações jurídicas, identificada com o conceito de capacidade jurídica, ora o elemento objetivo, ponto de referência os chamados direitos de personalidade) e protegendo-a em termos negativos, no sentido de repelir as ingerências externas à livre atuação do sujeito de direito, segundo a técnica própria do direito de propriedade, a tutela da personalidade será sempre setorial e insuficiente⁵¹⁵. Para Tepedino a realização plena da dignidade humana, como quer o

⁵¹² PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional ..., p. 762.

⁵¹³ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional ..., p. 764.

⁵¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade, p. 47.

⁵¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade ..., p. 48.

projeto constitucional em vigor, não se conforma com a setorização da tutela jurídica ou com a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais possa incidir o ordenamento⁵¹⁶.

Assim é que para ele, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade. Nesta direção, não se trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos da personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela Constituição e pelo legislador especial – saúde, imagem, nome, etc.), quer como inibidor da tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade⁵¹⁷.

Na mesma toada desses dois autores Eroulths Cortiano Jr. defende que uma moderna concepção de direito que leva em conta seu comprometimento social e a valoração dos aspectos existenciais do homem não pode abrir mão de fazer reencontrar as noções de liberdade pública e direito subjetivo (o que importa no entendimento dos direitos da personalidade como vinculantes do comportamento tanto do Estado como dos particulares) e, também, de dar uma nova roupagem ao tratamento dos direitos subjetivos. Em primeiro lugar porque ambas as figuras têm origem no estado de liberdade da pessoa humana, garantindo seu livre desenvolvimento. A questão a ser colocada é a garantia dada ao homem de afastar intrusões em sua esfera privada, que lhe seriam prejudiciais, sendo desimportante a origem do atentado (se do poder político, se da parte de outros particulares). Em segundo lugar, nunca é demais lembrar que a figura do direito subjetivo foi elaborada com base na categoria do ter e, da forma construída, não pode regular a categoria do ser. Assim é que a tutela da personalidade humana ultrapassa a construção tradicional do direito subjetivo, devendo ser colocada em supremacia a todo e qualquer outro interesse colocado em jogo. Se a proteção das situações

⁵¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade ..., p. 48.

⁵¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade ..., p. 49.

patrimoniais prende-se à previsão pelo direito objetivo, isto não acontece com a proteção que deve ser dada à personalidade humana, que extrapola qualquer previsão legal. Pode-se afirmar que a pessoa humana é o princípio do direito; sua proteção é o eterno problema do direito⁵¹⁸. Ao assim proceder Eroulths entende que se volta a reunir-se o direito subjetivo com a noção de liberdade. Este encontro de noções assegura ampla proteção à pessoa humana, já que a) garante os direitos da personalidade como categoria anterior e superior ao Estado, e portanto inatacável por este; b) assegura sua proteção no mais alto nível legislativo, a Constituição; c) permite entender a ordem jurídica como unitária, e assim aplicá-la; d) sustenta a proteção individualizada (tipificada) dos direitos da personalidade em compasso com o reconhecimento de um direito geral da personalidade⁵¹⁹.

Essa nova perspectiva na realidade se assemelha a proposta de uma visão personalista do direito já propugnada há muito por Muniz e Lamartine Corrêa.

5.6.1 A vinculação da noção de direitos de personalidade aos direitos do homem: a proposta de uma visão personalista do direito

No auge de um dos períodos mais conturbados da história recente brasileira, dois autores paranaenses, visualizando o desrespeito aos direitos mais elementares dos cidadãos, resolveram desafiar a ordem imposta propugnando a necessidade de vincular-se “a noção de **direitos da personalidade** à noção de **direitos do homem**”, defendendo os meus autores a necessidade de superar-se a separação entre as duas concepções até então reinantes em sede de direitos da personalidade, uma exclusivamente privatística e outra exclusivamente publicística⁵²⁰.

Para Muniz e Lamartine Corrêa só uma noção pré-normativa de pessoa permitiria entender toda a riqueza da noção e amplitude de suas possíveis aplicações em matéria jurídica⁵²¹.

⁵¹⁸ CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos ..., pp. 49-50.

⁵¹⁹ CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos ..., p. 50.

⁵²⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 532. Fev./1980. p. 15. Grifos em negrito no original.

Para tais autores era necessário superar a visão reducionista que visualizava a pessoa como mero **ponto de imputação**.

Para eles o ser humano tinha que ser reconhecido como indivíduo, mas não apenas indivíduo como substância também, isto é, ser que existe por si mesmo; e de natureza racional. Dessa noção decorreria a dignidade da pessoa humana, dado anterior e superior à ordem legislada. Assim, em uma visão personalista, o ordenamento jurídico, ao construir, dentro do sistema, a noção de personalidade, assumiria uma noção pré-normativa, a noção da pessoa humana, fazendo de tal noção uma noção aceita pela ordem positiva. Não a assumiria nem a aceitaria, porém, no mesmo sentido de pura aceitação da realidade externa com que aceitaria e assume a qualidade de **objetos**, de **coisas**, que teria tanto uma árvore quanto um animal. No caso do ser humano, o dado preexistente à ordem legislada não seria um dado apenas ontológico, que radicaria no plano do ser; ele também seria axiológico. Para eles **ser** e **valor** estariam intimamente ligados, em síntese indissolúvel, eis que o valor estaria, no caso, inserido no ser. Daí porque afirmavam que o homem tinha **valia**, a excepcional e primacial dignidade porque **seria**. E era inconcebível que um ser humano **fosse** sem **valer**. Por isso mesmo, a personalidade seria então uma noção insuscetível de gradações ou restrições. A capacidade de direito, ao contrário, pode sofrer restrições ou limitações por parte da ordem positiva. Como a noção de personalidade só pode ser construída, em uma ordem jurídica digna desse nome, sobre a afirmação da fundamental dignidade de **todos** os seres humanos, daí decorrendo evidentemente o corolário de **igualdade** essencial entre todos os homens. E daí decorre, também, indispensável atitude crítica do jurista em face do ordenamento no caso de restrições ou limitações à capacidade dos seres humanos que fiam esse princípio de igualdade⁵²².

Muniz e Lamartine ao defenderem assim uma noção personalista do Direito. Não sustentaram uma noção individualista da sociedade pois reconheciam que a noção substancial de pessoa que conferiria sentido e dignidade ao Direito só seria encontrada na inserção do Homem concreto na História e na sociedade. Para eles

⁵²¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade ..., p. 16. Grifos em negrito no original.

⁵²² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade ..., pp. 16-17. Grifos em negrito no original.

então, em uma visão personalista, o ser humano não seria visto como átomo isolado em face do Estado, nem de visão competitiva de um ser **contra** o outro; mas como **ser com o outro**⁵²³⁻⁵²⁴.

Essa visão personalista do direito fomentaria então a proteção da personalidade do indivíduo.

É nesse sentido então que propugnam uma releitura dos direitos de personalidade, uma releitura que faça com que os mesmos ultrapassem a categoria do *ter* para a categoria do *ser*.

Visualizados os principais aspectos relacionados à categoria jurídica denominada direito de personalidade pode se passar então a análise de como o direito à intimidade foi tratado pela doutrina do direito privado até agora.

5.7 O CONCEITO DE INTIMIDADE PARA O DIREITO PRIVADO

Segundo Pontes de Miranda “cada um tem o direito de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos dos outros.”⁵²⁵ Para o tratadista alagoano o direito de velar a intimidade é efeito do exercício da liberdade de fazer e de não fazer: há quem possa não revelar, porque há quem pode não fazer; é a liberdade que está na base disso. De certa forma define o que para ele é o “direito a velar a intimidade” como o direito que “todos têm (...) de manter-se em

⁵²³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade ..., p. 17. Grifos em negrito no original.

⁵²⁴ Esse pensamento se coaduna com o de Diogo Leite de Campos que ao tratar da relação da pessoa consigo mesma destaca que os humanos recebem antes de dar, no ventre da mãe, nos primeiros anos de vida familiar, na aprendizagem. Os seus primeiros atos de amor são pedir e receber. No início está a relação. O Tu é inato. A relação interpessoal exprime a estrutura originária do ser. Em que o ser só se realiza no acolhimento do outro. Mas por outro lado, o ser é a pessoa humana, sede de valores, irredutível a qualquer outra e a si mesma. É a afirmação de que o ser humano não é o elemento da natureza, o “animal social” de Aristóteles, sujeito às leis da natureza – mas acima desta, diferente desta, com a sua dignidade única de sede de valores e de criatura auto-criadora. Subjetividade que se configura e se define através das suas próprias escolhas. Ser é substituir, ser em si e por si (S. Tomás de Aquino). Aqui está o conhecimento da sua dignidade, o ser reconhece-a também a qualquer outro. (CAMPOS, Diogo Leite. **Nós, estudos sobre o direito das pessoas**. Almedina: Coimbra, 2004. pp. 88-89.)

⁵²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado** ..., p. 124. Tomo VII.

reserva, de velar sua intimidade, de não deixar que lhes devasse a vida privada, de fechar o seu lar à curiosidade alheia”⁵²⁶.

Tratando intimidade como sinônimo de privacidade José Serpa de Santa Maria entende que “toda a essência da privacidade se condensa no modo de vivência reservada, sob a resistência moral, a qualquer forma de intromissão, bem como na razoável exclusão do conhecimento público de fatos, idéias e emoções pessoais do interessado.”⁵²⁷ Ao explorar e explicitar ainda mais o seu conceito tal autor afirma que o direito à intimidade protege: “um modo específico de vivência pessoal, isolada, numa esfera reservada, consoante escolha espontânea do interessado, primacialmente dentre do grupo familiar efetivo, ou com maior insulamento, mas sempre sem uma notória forma de participação de terceiros, seja pela utilização da faculdade que se lhe é atribuída para razoável exclusão do conhecimento público, de dados, ações, idéias e emoções que lhe são peculiares.”⁵²⁸

Um dos precursores nos estudos do direito de personalidade - Antônio Chaves - via o direito à intimidade de forma semelhante ao direito a *riservatezza* formulado na Itália por Adriano de Cupis. Entendia tal autor, por isso, que o direito à intimidade viria a ser aquele modo de ser da pessoa que consistiria na exclusão do conhecimento alheio daquilo que se referisse à ela própria. Esse direito era então um modo de ser negativo do indivíduo em relação aos outros sujeitos e, mais precisamente, ao conhecimento destes, satisfazendo aquela necessidade de ordem espiritual que residiria na exigência de isolamento moral, de não comunicação externa do que diz respeito à pessoa individual, constituindo, assim, uma qualidade moral da própria pessoa⁵²⁹.

Para Carlos Alberto Bittar o direito à intimidade representa a possibilidade de elisão do sujeito de qualquer atentado a aspectos particulares ou íntimos da sua

⁵²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado** ..., p. 125. Tomo VII.

⁵²⁷ SANTA MARIA, José Serpa. **Direito à imagem, à vida e à privacidade**. Belém: CEJUP, 1994. p. 166.

⁵²⁸ SANTA MARIA, José Serpa. *Ibid.*, pp. 173-174.

⁵²⁹ CHAVES, Antônio. Os direitos fundamentais da personalidade moral (à integridade psíquica, à segurança, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade). **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 58, abr.-jun./1978. p. 165.

vida, de sua consciência, ou de seu circuito próprio de convivência, compreendendo-se esse circuito próprio de convivência como o seu lar, a sua família e a sua correspondência⁵³⁰. Para ele, o ponto nodal desse direito encontra-se na exigência de isolamento mental ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Limita-se, com esse direito, o quanto possível, a inserção de estranho na esfera privada ou íntima da pessoa⁵³¹.

Já Caio Mário da Silva Pereira entende que o direito à intimidade é um dos mais modernos direitos da personalidade. Para ele tal direito pode ser visto como o direito que assegura à pessoa o direito de não ter sua vida exposta ou devassada⁵³². Assim cada um tem a faculdade de resguardar sua vida privada e a de seus familiares, como aspecto peculiar de proteção, ainda mais, hoje em dia, onde inegavelmente se constata a tendência a expor as pessoas, demasiadamente. Para o mesmo Caio Mário este direito tem um duplice caráter: o de autorizar o indivíduo a estar só, de não se comunicar; e simultaneamente de não ser molestado por outrem (aí incluída a autoridade pública), salvo quando um imperativo de ordem pública venha a determiná-lo. Para ele cada um tem o poder, assegurado constitucionalmente, de conviver com quem queira, como de se recusar a qualquer aproximação⁵³³⁻⁵³⁴. Desse modo a intimidade resume-se então na faculdade que teria uma pessoa, de se isolar, conforme o seu caráter, a sua tendência, ou a sua disposição de espírito, independentemente das solicitações a que esteja exposta⁵³⁵.

Para Orlando Gomes o direito à intimidade pode ser classificado dentre àqueles que protegem à integridade moral do indivíduo. Para o civilista baiano o direito à intimidade pode ser entendido como o direito *ao recato* pelo qual se protege

⁵³⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade** ..., pp. 110-111.

⁵³¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade** ..., p. 111.

⁵³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos de sua evolução** ..., p. 28.

⁵³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos de sua evolução** ..., p. 29.

⁵³⁴ Essa mesma visão do autor é exposta nas suas **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. Teoria geral do Direito Civil. 23 ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 221.

⁵³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos de sua evolução** ..., p. 29.

o indivíduo contra intrusões de outros na esfera personalíssima que lhe é reservada⁵³⁶.

No entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo: “o direito à intimidade diz respeito a fatos, situações e acontecimentos que a pessoa deseja ter sob seu domínio exclusivo sem compartilhar com qualquer outra. É a parte interior da história de vida de cada um que o singulariza, e que deve ser mantida sob reserva.”⁵³⁷ Para o professor da Universidade de Alagoas “estão cobertos pelo manto tutelar da intimidade os dados e direitos cuja revelação possa trazer constrangimento e prejuízos à reputação da pessoa que esteja na moradia, no automóvel, no clube, nos arquivos pessoais, na bagagem, no computador, no ambiente de trabalho.”⁵³⁸ Sendo que o mesmo autor adverte que o conceito de intimidade varia de pessoa para pessoa, mas acima de tudo depende da cultura de onde emergiu sua formação em cada época e nos diferentes lugares onde desenvolva seu projeto existencial⁵³⁹.

Para Edson Ferreira da Silva “o direito à intimidade consiste no poder jurídico de subtrair do conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos pessoais e familiares que de acordo com os valores sociais vigentes interessam manter sob reserva”⁵⁴⁰.

Saindo da doutrina brasileira e adentrando no direito comparado encontra-se na Argentina a posição de Ricardo Lorenzetti para quem a intimidade (ou a vida privada) pode ser vista como a proteção a uma esfera íntima da pessoa, na qual a conduta do sujeito ou sua família não influencia sobre os demais, e os demais podem influenciar sobre ela. Para o autor argentino o ponto da balança inclina-se favoravelmente à proteção de um âmbito de vida confortável, ao resguardo de

⁵³⁶ GOMES, Orlando. **Introdução** ..., p. 141.

⁵³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Autolimitação do direito à privacidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 34, abr./jun 2008, pp. 95-96.

⁵³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Autolimitação do direito à privacidade ..., p. 96.

⁵³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Autolimitação do direito à privacidade ..., p. 96.

⁵⁴⁰ SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à Intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2 ed. rev. atual. amp.. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 251.

intromissões de estranhos. Em poucas palavras: “a intimidade é aquela parte de sua existência não comunicável, ou reserva.”⁵⁴¹

Ao estudar e desenvolver o “direito a identidade pessoal” Carlos Fernandez Sessarego conceitua o direito à intimidade “como uma resposta jurídica ao interesse de cada pessoa de obter um âmbito no qual possa desenvolver, sem intrusão, curiosidade, bisbilhotice, nem ingerência dos demais, aquilo que constitui sua vida privada. É a exigência existencial de viver livre de um indevido controle, vigilância ou espionagem.”⁵⁴²

Para o mesmo Sessarego: “o ser humano necessita estar só para descobrir seu ‘eu’, o mesmo que se lhe revela na solidão, na intimidade do diálogo consigo mesmo, sem testemunhos nem perturbações provenientes de sua circunstância, do mundo e dos ‘outros’. É só no monástico recolhimento que o homem se adentra nos meandros de seu ‘eu’, apreende sua identidade e traça seu destino.”⁵⁴³

Os também argentinos Jorge Mosset Iturraspe e Piedecabras entendem que o respeito pleno ou integral da pessoa humana tem a ver com a tutela de sua privacidade, de sua intimidade ou de sua reserva. Para tais autores aqueles aspectos que o homem guarda afastados de terceiros, para si mesmo ou seus íntimos, não submetidos à curiosidade das demais pessoas do resto da comunidade, pode ser vista como o direito à intimidade. Segundo eles, esse direito em outros tempos se relacionava as questões sensíveis que tinham a ver com a filiação matrimonial ou extramatrimonial; em pertencer a seitas ou grupos esotéricos; com o reconhecimento de filhos, etc, sendo que, atualmente, a esses interesses se agrupam outros que, eventualmente, podem dar azo a discriminações ou separações. Como se vive, com quem se vive, o que se consome, como se descansa, etc.. Daí a importância de proteger a intimidade⁵⁴⁴.

O direito à intimidade é visto por Isidoro H. Goldenberg como um direito de sua importância para a felicidade humana, devendo ser reconhecido como direito

⁵⁴¹ LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos** ..., p. 492.

⁵⁴² SESSAREGO, Carlos Fernandez. **Derecho a la identidad** ..., p. 163.

⁵⁴³ SESSAREGO, Carlos Fernandez. **Derecho a la identidad** ..., p. 163.

⁵⁴⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset; Piedecabras. **Código Civil y leis complementarias**. Buenos Aires: Zavalla Editor, 2005. p. 65.

fundamental da humanidade. Para ele, esse direito protege o indivíduo das autoridades, do público em geral e dos demais indivíduos. Pode ser entendido como o direito a viver de forma independente sua própria vida, com um mínimo de ingerência alheia⁵⁴⁵.

No Direito Privado Lusitano verificam-se os comentários de Carlos Alberto de Mota Pinto acerca do artigo 80, do Código Civil Português que prevê o chamado direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Segundo aquele autor o ordenamento jurídico civil português reconhece como merecedora de tutela a natural aspiração da pessoa ao resguardo da sua vida privada. As renúncias e sacrifícios de uma família, os fatos respeitantes à vida familiar (casamento, divórcio, etc.) ou aos afetos e sentimentos de uma pessoa, as pequenas acomodações da vida quotidiana podem nada ter a ver com a honra e o decoro, e não ser apreciados desfavoravelmente no ambiente externo, mas há neles algo de íntimo e privado que basta para considerar lesiva qualquer forma de publicidade. Com tal dispositivo pretende-se defender o indivíduo contra quaisquer violações a paz, o resguardo, a tranquilidade duma esfera íntima de vida; em suma, não se trata de tutela da honra, mas do direito de estar só, na tradução de expressiva fórmula inglesa (*right to be alone*)⁵⁴⁶. Ressalta o mesmo Carlos Alberto Mota Pinto que tal direito é assegurado a qualquer cidadão português independentemente de sua qualidade de pessoa pública ou privada.⁵⁴⁷

No Direito Espanhol José Castan Tobeñas trata o direito à intimidade como “direito a esfera secreta da pessoa” pelo que entende que tal direito por estar

⁵⁴⁵ GOLDENBERG, Isidoro H. La responsabilidad civil derivada de la lesion del derecho a la intimidad. *In Responsabilidade por daños* – homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Alberto J. Bueres (dir.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 399.

⁵⁴⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3 ed., atual. 11.^a Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 209.

⁵⁴⁷ “O n.º 2 do artigo 80.º prevê porém a possibilidade de a extensão da reserva variar conforme a natureza do caso e a condição das pessoas. Note-se, contudo, que mesmo as pessoas célebres ou as ‘vedetas’ populares têm o direito a fixar os limites do que pode ser publicado ou não sobre a sua vida íntima. A celebridade não exclui a discrição e a própria complacência freqüente com a publicidade não significa uma renúncia definitiva a uma esfera de intimidade, embora esta complacência não possa deixar de significar a renúncia a uma esfera de intimidade tão extensa como a dos outros cidadãos.” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3 ed., atual. 11.^a Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 209)

intimamente ligado ao direito à honra protegeria a inviolabilidade da vida privada contra as intromissões e indiscrições alheias⁵⁴⁸.

Ainda em terras espanholas Iglesias Cubría entende que:

forma parte de minha intimidade tudo o que posso lícitamente subtrair do conhecimento de outras pessoas. Por conseguinte, não forma parte de minha intimidade a imagem de meu rosto, ainda que a imagem seja de mim desnudo. Nada mais íntimo que meu próprio pensamento, enquanto que não conhecido dos demais, se eu não revelo. Intimidade são meus desejos, minhas apetências e, em parte, podem sê-lo minhas necessidades e até a maneira de satisfazê-las. A forma exata de tradução jurídica da intimidade, é pelos efeitos da proteção entre os demais: os demais não tem direito a conhecer, nem violar minha intimidade.⁵⁴⁹

No Direito Italiano Francesco Galgano explica que o sistema jurídico daquele país assegura ao indivíduo um direito geral a reserva (*riservatezza*) o qual evita a intromissão indevida na vida íntima da pessoa, tudo isto com vistas a afastar um evento lesivo à sua dignidade. Eis o pensamento do autor italiano:

Al di là del diritto all'immagine, la giurisprudenza protegge – in forme e con limiti corrispondenti – un più generale diritto alla riservatezza: diritto a che non siano divulgati, com la stampa, la televisione e altri strumenti di comunicazione di massa, fatti attinenti allá vita privata della persona, anche se di per sé veri e di per sé non lesivi della sua dignità; tali, perciò, da non integrare gli estremi della lesione del diritto all' onore e da non legittimare la specifica protezione penale di questo e la conseguente protezione civile in base agli artt. 2043 ss. Um generale riconoscimento del diritto allá riservatezza è nell'art. 8 della citata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata dall'Italia nel 1955: "ogni persona há diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza". Sotto alcuni aspetti il diritto allá riservatezza è penalmente protetto dall'art. 617 bis cód. Pen., che punisce chi, fuori dei casi previsti dalla legge, installa apparati o strumenti al fine di intercettare comunicazioni o convenzioni telefoniche o telegrafiche.⁵⁵⁰

Para finalizar essa parte da exposição convém apresentar o conceito de José María Desantes. Desantes, antes mesmo de conceituar o direito à intimidade aponta as seguintes particularidades relacionadas à própria intimidade que para ele seriam as mais peculiares e motivadoras então da proteção jurídica. Para Desantes: i) a intimidade se dá unicamente no homem; ii) se refere ao seu mundo interior e à parte

⁵⁴⁸ TOBEÑAS, José Castan. Op. cit., p. 55.

⁵⁴⁹ CUBRÍA, Manuel Iglesias. **Derecho a la intimidad**. Oviedo: Universidade de Oviedo, 1970. pp. 21-22.

⁵⁵⁰ GALGANO, Francesco. **Ordinario di diritto civil e nell università di Bologna**. Diritto Privato. Nona edizione com atlante di diritto comparatto. Itália: Casa Editrice Ddott. Antonio Milani, 1996. p. 96.

mais interna de sua personalidade; iii) tem lugar na medida em que o homem a conhece e é consciente dela; iv) é suscetível de aprofundamento sem limites teóricos porque vai escavando em sua personalidade o próprio homem; v) é genuína e incapaz de ficção ou dramatização; vi) constitui o ponto de apoio para a projeção do indivíduo na vida social; vii) é o manancial oculto do pensamento do qual brota a corrente da comunicação; viii) representa o baluarte frente ao avassalamento das influências externas na medida em que a pessoa não as aceita voluntariamente; ix) se pode definir de uma maneira ontológica como a genuidade, como o *ser* o que se *é*⁵⁵¹. Destacada essas especiais particularidades Desantes conceitua o direito à intimidade como o direito do indivíduo de resguardar aquela zona espiritual do homem que considera inespecífica, distinta de qualquer outra, independentemente do que o seja; e, portanto, exclusivamente sua que tão só ele pode livremente revelar⁵⁵².

Estes seriam então alguns dos conceitos de direito à intimidade extraídos da doutrina do direito privado.

5.7.1 Caracteres do direito à intimidade

A doutrina privatística, ao tratar o direito à intimidade como espécie do direito de personalidade convencionou apontar alguns caracteres que distinguem este tipo de direito de outros, além de formar seu conteúdo. Assim o direito à intimidade como direito de personalidade que é pode ser visto como um direito inato, vitalício, necessário, essencial, extrapatrimonial, imprescritível, impenhorável e absoluto⁵⁵³.

⁵⁵¹ DESANTES, José María. El derecho fundamental a la intimidad. **Estudios públicos**, Santiago (Chile), n. 46, 1992, pp. 284-285.

⁵⁵² DESANTES, José María. El derecho fundamental a la intimidad ..., p. 285.

Direito inato porquanto natural e nascido com o sujeito, ou seja, seu princípio existencial coincide com o da pessoa mesmo. Esta o adquire desde o nascimento, sem formalidade ou requisito algum complementar.⁵⁵⁵ Inato porque provém do exercício da liberdade do indivíduo. No pensamento de Pontes de Miranda “o que está em contacto imediato, inato, com a personalidade é o pensar, é o sentir, é o agir”⁵⁵⁶.

É um direito vitalício porque tem trajetória *ad vitam*, ou seja, para toda a vida da pessoa e seu valor existencial morre, finda com ela.⁵⁵⁷ Isto não quer dizer que não possa ser defendida pelos herdeiros de uma pessoa falecida.

É necessário porque não pode faltar ao indivíduo dado que tem uma função constitutiva do ser mesmo enquanto tal. Nenhum ser humano poderia transitar pela vida, quaisquer que fossem suas potencialidades e condições, sem ser-lhe reservado um próprio espaço e tempo.⁵⁵⁸

⁵⁵³ A doutrina que estuda os direitos da personalidade diverge em alguns pontos relacionados a nomenclatura, mas no fundo há quase um consenso sobre o conteúdo dos direitos de personalidade. Nesse sentido: BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR Fº, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 203. p. 49; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** ..., Tomo VII, pp. 5-9; PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3 ed., atual. 11.^a Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996; MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In **A Constituição concretizada** – construindo pontes com o público e o privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 62-63; Nesse sentido: Com pequenas distinções Santos CIFUENTES. **El derecho a la vida privada** – tutela a la intimidad. Buenos Aires: La Ley, 2007. p. 23.

A título de ilustração convém informar que várias destas qualidades foram reconhecidas pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal no julgamento do recurso 6700/04, oriundo do Tribunal de Relação de Lisboa:

“1 - O direito à imagem e direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, enquanto direitos fundamentais de personalidade, são inatos, inalienáveis, irrenunciáveis e absolutos, no sentido de que se impõem, por definição, ao respeito de todas as pessoas.
(...)”

⁵⁵⁴ “§ 4. **Caracteres**. – Por ser un derecho personalísimo es innato, vitalício, necesario, esencial, inherente, extrapatrimonial, relativamente indisponible; se lo ejerce erga omnes y es autónomo.” (CÁRDENAS, Eduardo J.; [et allí]. **Código Civil y leyes complementarias** – comentado, anotado y concordado. Tomo 5. 4 reimp. Coord. Eduardo A. Zannonni. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. p. 73.)

⁵⁵⁵ CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada** ..., p. 23.

⁵⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** ..., Tomo VII. p. 126.

⁵⁵⁷ CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada** ..., p. 23.

⁵⁵⁸ CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada** ..., p. 24.

Essencial, porque a própria personalidade humana restaria descaracterizada se a proteção a tal direito não fosse concedida.⁵⁵⁹

Por ser uma prerrogativa jurídica inseparável do homem em si entende-se a intimidade como relativa ao objeto interior do indivíduo. É captável como manifestação ideal que põe ao descoberto o modo de ser da pessoa, que se dá nela e está compreendida nela. Não pode ter como objeto uma parte do mundo circundante, independente, exterior ou que não tenha enlace com o próprio sujeito que goza desse direito.⁵⁶⁰

Em virtude do exposto sobre a união inexcedível do direito com o objeto, não é transmissível a outros em vida ou *causa mortis*.⁵⁶¹

Dado que não pode enquadrar-lhe dentro do conjunto de direitos patrimoniais com mensuração pecuniária ou econômica, pode ser identificado como direito extrapatrimonial.⁵⁶²

Visto por alguns como direito absoluto pelo fato de ser exercível *erga omnes*. Santos Cifuentes adverte que deve se ter cuidado com esta expressão pois o que se quer dizer é que o fato de ser absoluto não quer dizer que o seu conteúdo é intangível, pois este direito, tal como outros está também conformado pelas exigências da moral e da ordem pública, em relação com os direitos dos demais homens e imperativos de bem comum. O sentido de absoluto aqui é a faculdade, o poder de exclusão⁵⁶³. Por outro lado, autores como Norberto Gaitano entendem que este direito é sim um direito absoluto, haja vista que o mais violento dos ataques à liberdade da pessoa é “roubar-lhe” a intimidade, pois quem se apropria injustamente da intimidade não subtrai *algo* da pessoa, senão que se apodera da pessoa mesma⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹ MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ..., p. 63.

⁵⁶⁰ CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada** ..., p. 24.

⁵⁶¹ CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada** ..., p. 25.

⁵⁶² CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada** ..., p. 25.

⁵⁶³ CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada** ..., 25-26.

⁵⁶⁴ GAITANO, Norberto Gonzalez. Op. cit., p. 62.

Esses seriam então os caracteres mais importantes que marcariam o conteúdo do direito a intimidade sob a ótica do direito privado.

Apresentadas as principais características do regime jurídico dos direitos fundamentais, bem como do direito fundamental à intimidade, torna-se possível partir então para uma análise conjugada dos dois regimes jurídicos no intuito de se construir um conceito satisfatório do que se pode entender pelo direito fundamental à intimidade no alvorecer do século XXI.

CAPÍTULO 3

1 A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DO DIREITO A INTIMIDADE

Após a apresentação dos conceitos e elementos necessários para o debate acerca do que se pode entender por um direito fundamental à intimidade após o advento da Constituição Federal de 1988, é chegada a hora de tentar reconstruir esse tão importante direito conjugando-se, para tanto, elementos do Direito Constitucional e elementos do Direito Privado.

O início dessa reconstrução pode se dar pela demonstração da importância em se defender a intimidade do indivíduo. Nesse sentido, apresentar-se-á nas linhas seguintes a importância da intimidade para o crescimento individual, para o desenvolvimento da sociedade e para a manutenção dos regimes democráticos. Inicie-se pela demonstração da importância de se assegurar a intimidade para que o indivíduo desenvolva plenamente sua personalidade.

1.1 A IMPORTÂNCIA DA INTIMIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO

Como se demonstrou no capítulo “2”⁵⁶⁵ desse trabalho o sentido etimológico da palavra intimidade se relaciona à interioridade⁵⁶⁶. Íntimo então, nessa perspectiva, seria aquilo que está o mais dentro possível⁵⁶⁷⁻⁵⁶⁸.

Mas para que se possa compreender na totalidade o que vem a ser a intimidade do ser humano parece de fato indispensável analisá-lo sob uma perspectiva antropológica.

⁵⁶⁵ Item “3.1”.

⁵⁶⁶ DE PLÁCIDO e SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico** ..., p. 447.

⁵⁶⁷ GUANTER, José María Desantes. *Intimidad e información, derechos excluyentes* ..., p. 18.

⁵⁶⁸ No mesmo sentido ERNOUT, A.; MEILLET, A. : “De *interior*, o neutro plural tem sido empregado como substantivo: *interioridade* (as coisas interiores). Por *interior* corresponde o superlativo *intimus* (o mais interior, o íntimo), cujo substantivo neutro plural é *íntima* (a parte íntima).” (ERNOUT, A.; MEILLET, A. **Dictionnaire étymologique de la langue latine**. 4 ed. Paris, 1959. *Apud* GAITANO, Norberto Gonzalez. **El deber de respeto** ..., p. 17.)

Antropologicamente falando a introspecção, a possibilidade de desenvolver a intimidade, só é alcançável pelo ser humano. Essa qualidade essencial que autoriza ao homem ensimesmar-se e suspender seu espírito é o que o diferencia de outras raças. Daí porque José Maria Desantes afirma que a interioridade, elevada em sua máxima potência que é a intimidade, somente se dá no homem⁵⁶⁹. Para o mesmo autor essa qualidade é a que diferencia o ser humano dos animais, pois os animais são capazes tão somente de uma certa interioridade, porém, nunca, de intimidade. O ensimesmar-se, o meter-se em sua intimidade, é próprio do homem. Essa diferença é uma *nota* de sua *personalidade*. Enquanto o animal vive das coisas de fora, escravizado por elas, o homem tem capacidade de viver interiormente. Com isto pode-se afirmar que o homem é o único ser que tem o poder de viver fora e dentro de si⁵⁷⁰. O homem que pode liberar-se do mundo e, entrar dentro de si, nunca se entedia, tem uma continuidade de vida que vai *desenhar* os *perfis* de sua *personalidade*⁵⁷¹.

Dessa forma, analisando-se a intimidade numa perspectiva antropológica pode-se afirmar que é ela que possibilita ao indivíduo desenvolver sua *personalidade* e, por consequência, criar sua própria *individualidade*⁵⁷².

A individualidade é construída a partir do momento em que o homem recebe as influências externas, as processa e, após isso, elege suas próprias normas de conduta, criando com isso suas preferências, suas crenças e suas ideologias⁵⁷³.

⁵⁶⁹ DESANTES, José María. El derecho fundamental a la intimidad ..., p. 274.

⁵⁷⁰ DESANTES, José María. El derecho fundamental a la intimidad. ..., p. 276.

⁵⁷¹ DESANTES, José Mara. El derecho fundamental a la intimidad. ..., p. 276.

⁵⁷² Relembre-se com Rabindranath V. C de Souza que é na personalidade, que se funde o *homo noumenon* com o *homo phenomenon*. Nesse nível pode-se afirmar que a ideia de humanidade enquanto repositório dos caracteres que qualquer homem tem em comum com todos os homens e que desde logo lhe assegura a sua dignidade, não prejudica mas antes se incorpora, na noção de *individualidade*, que, em função de caracteres próprios, permite distinguir cada um dos homens e atribuir-lhes *originalidade* e *irrepetibilidade*. Para Rabindranath, numa perspectiva ético-filosófica, a personalidade humana é caracterizada pela *unidade* e *indivisibilidade* o que, de certo modo, representa a *individualidade* de cada ser humano. Nesse sentido leciona Rabindranath que a personalidade é uma unidade físico-psico-ambiental que coordena e assume as suas funções e que é composta por uma grande multiplicidade e diversidade de elementos, internos e ambientais, que integradamente se fundem em um conjunto que os ultrapassa, os referencia e os projeta e que em si mesmo tem uma dinâmica própria. (SOUZA, Rabindranath Valeixo Capelo. **O direito geral de personalidade** ..., pp. 112 e 199.)

De fato, na medida em que o homem tem o poder de viver dentro e fora de si, ele está apto a meditar e a meditação, como se sabe, é um dos sentimentos mais caros do ser humano revelando-se como momento de suma importância para construção da personalidade do indivíduo⁵⁷⁴. Ao meditar o homem reflete sobre seus atos, revê seus conceitos, avalia suas atitudes, oxigena seu espírito, abre espaço para a absorção de novas ideias, abandonando, com isso, eventuais preconceitos em relação a assuntos cotidianos tornando-se, dessa forma, uma nova pessoa.

Como se vê é na intimidade que o homem constrói sua personalidade diferenciando-se de seus semelhantes. É nela que ele se apresenta soberano para construir o mundo do seu jeito, da sua perspectiva individual, sendo que daí parece não ser nenhuma anomalia afirmar que a intimidade representa um importante alicerce para a construção da personalidade do indivíduo.

Não fosse isso a intimidade é necessária para o desenvolvimento psíquico do indivíduo. Ela é de suma importância para a manutenção de uma vida minimamente saudável.

Ao procurar identificar-se a raiz da definição da palavra “pessoa”, constata-se que o substantivo feminino singular da língua portuguesa desta palavra deriva etimologicamente da palavra latina *persona*, também, substantivo feminino singular. Apesar de pessoa derivar de *persona*, esta palavra latina não comporta, em seu uso originário, o sentido que se atribui a mesma atualmente. Uma tese afirma que a palavra latina *persona* foi originalmente estabelecida em língua latina, por uma justaposição gramatical da preposição *per* e do substantivo *sona* resultando *per* + *sona* = *persona*. Outra tese estabeleceu que ela derivaria do verbo *personare*, de sua forma verbal gerúndio *personando*; outra, ainda, a fez derivar da expressão *per*

⁵⁷³ RODRÍGUEZ, José Luis Concepción. **Honor, intimidad e imagen**: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1996. p. 41.

⁵⁷⁴ Nesse sentido Arcângelo R. Buzzzi:

“Meditar não significa fugir da realidade. Antes, o contrário. É escutá-la atentamente na experiência, mastigá-la e ruminá-la como um bom trigo. Ruminar significa remoer os alimentos. Isso lembra as bucólicas cenas de campo, onde os animais que pastam, depois de ingerir muitas e várias ervas, fazem sesta, param no frescor de uma sombra e remastigam o que haviam ingerido. Meditar significa *submeter* ao exame ou à ruminação interior as experiências recolhidas no campo da vida e delas extrair o mel da verdade que sacia o pensamento. Ao meditar, o pensamento peneira os conhecimentos, ingressa no seu silêncio e deixa aparecer as coisas na clareira estonteante de si próprias. Nessa atitude mora junto à transcendência de cada ente, chega ao absoluto indizível de cada coisa.” (BUZZI, Arcângelo R. **Introdução ao pensar**: o ser, o conhecimento, a linguagem. 32 ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 182.)

se *una*, enquanto designa *una por si*. Tanto em um, quanto em outro caso, a palavra *persona* serviu para significar o mesmo que se significa com a palavra grega *prósopon*: máscara e personagem. Assim, *persona* veio a significar máscara e personagem não por traduzir gramatical e semanticamente para o latim a acepção original da palavra grega *prósopon*, mas sim porque máscara representaria o ato ou efeito de o ator, mediante uma abertura na máscara entorno à boca, representar pelo som [per+sona] de sua voz, um personagem⁵⁷⁵.

Nesse sentido pessoa pode ser entendido como a “máscara teatral, como o rol ou o papel que o homem interpreta no grande teatro do mundo”⁵⁷⁶. Aquilo que os outros veem nada mais é do que uma face superficial do indivíduo, uma verdadeira “máscara”. Assim, no cotidiano, o indivíduo se reveste de várias máscaras: a “máscara” do homem trabalhador, a “máscara” do estudante, a “máscara” do professor, enfim, as várias faces de um mesmo personagem.

Entretanto, o homem, mesmo o homem mais dotado de qualidades de ator, é incapaz de representar a si mesmo, de desempenhar de maneira fictícia a representação de seu próprio personagem⁵⁷⁷. É por isso que ele encontra na intimidade o espaço de sua libertação. É nesse espaço que naturalmente não admite a mínima representação, dramatização ou teatralidade que o indivíduo pode libertar-se de todas as suas amarras despiando-se de todas as suas “máscaras” e apresentar-se da forma que realmente é. É na intimidade que o homem sente-se à vontade para mostrar toda a sua fragilidade, expor e avaliar todos os seus defeitos, desfrutar suas fantasias, fazer papel de ridículo, sorrir, chorar, o que, naturalmente, seria inimaginável na presença de pessoas estranhas.

Essa possibilidade de proporcionar fuga interior ao indivíduo revela uma qualidade importante da intimidade, qual seja, a possibilidade de proporcionar um espaço em que é impossível a insinceridade, na que somente se é o que se é, desnudo de toda a aparência⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ Remonta-se o uso e significado da palavra ao ilustre poeta grego Homero [850 a.C.], em sua célebre epopéia *Odisséia* (18, 192). Estudos apontam certa relação entre a palavra etrusca *persu*, que significava máscara, já encontrada escrita num monumento da Antigüidade clássica, com a palavra grega *prósopon*.

⁵⁷⁶ DESANTES, José Maria. Op. cit., p. 281.

⁵⁷⁷ DESANTES, José Maria. Op. cit., p. 281.

Aliás, parece ser essa especial particularidade da intimidade que naturalmente motiva a tendência das sociedades em manter a intimidade fechada e encoberta ao mundo exterior, pois se tem a impressão que deixá-la acessível aos outros seria o mesmo que revelar o “calcanhar de Aquiles” da personalidade humana, sendo que aquele que possuísse a intimidade do indivíduo passaria a possuir o próprio indivíduo uma vez que lhe subtrairia sua autonomia e independência. Por isso invasões à intimidade naturalmente não são admitidas.

Assim não é difícil reconhecer o valor que a intimidade tem para a manutenção da saúde psíquica do indivíduo. Não é por menos que Paulo Mota Pinto afirma ser a privacidade capaz de criar o contexto necessário para o desenvolvimento das atividades essenciais do homem, para o desenvolvimento de sua individualidade e de relações humanas de confiança pessoal, amor, amizade, etc.. Ela torna possível o relaxamento e a criação de “válvulas de segurança” para a agressão, permitindo criar o espaço necessário para a auto-avaliação do indivíduo, promovendo assim a sua liberdade e autonomia, permitindo criar comunicações limitadas e protegidas, bem como a seleção da sua auto-apresentação em face dos outros⁵⁷⁹.

Foi por essa peculiar garantia que o Tribunal Constitucional Federal Alemão acolheu pedido de indivíduo notoriamente conhecido⁵⁸⁰ daquele País para que

⁵⁷⁸ DESANTES, José Maria. Op. cit., p. 282.

⁵⁷⁹ PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada ..., p. 509.

⁵⁸⁰ Destaque-se desde já que no decorrer do presente trabalho preferencialmente se utilizará a expressão pessoa de *notoriedade pública* ou pessoa *notoriamente conhecida* para designar aquele indivíduo que pelo desempenho sua atividade (artistas, desportistas, políticos, etc.) ou pelo advento de um fato qualquer (recebimento de prêmio em loteria, p. ex.) alcance uma maior exposição pública e, conseqüentemente, passe a ser mais conhecido de todos, do “público”. Substitui-se com isso no presente trabalho à usual adjetivação “pessoa pública” para designar aquelas pessoas notoriamente conhecidas uma vez que essa expressão tendencialmente volatiliza a pessoa, instrumentalizando-a e transforma-a em objeto dando a entender que a pessoa notoriamente conhecida é *do público*, o que se sabe não é verdade.

profissionais da comunicação cessassem a prática de atividades invasivas à sua intimidade. Para o Tribunal Federal Alemão o fato de uma pessoa não poder usufruir a intimidade ocasiona uma sobrecarga psíquica imensa sobre a mesma prejudicando o livre desenvolvimento de sua personalidade⁵⁸¹.

Destarte, tendo em vista que é na intimidade que o indivíduo constrói sua personalidade e sua individualidade e é ali que ele encontra o espaço propício para despir-se de todas as suas “máscaras” parece claro que ela é importante para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

1.2 A IMPORTÂNCIA DA INTIMIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO E APRIMORAMENTO DA SOCIEDADE

Ademais, a expressão *pessoa pública* também causa uma falsa impressão de que o indivíduo notoriamente conhecido é um indivíduo privado de sua individualidade por ser público o que também não parece admissível. A confusão estabelece-se porque a maioria de seus atos são desempenhados no espaço *público*, na esfera social ou política, o que conduz alguns a confundir o lugar de desempenho da atividade (espaço público, comum) com a qualidade do próprio indivíduo. A partir do momento que ele desempenha a maior parte de suas atividades no espaço *comum*, espaço naturalmente aberto ao público e de todos, o indivíduo notoriamente conhecido também é “aberto ao público e de todos”. Essa mesma razão faz com que se tenha a falsa impressão de que a partir do momento em que a pessoa torna-se *pública* e a maioria de seus atos desenrolam-se em *público*, toda a sua vida deverá ser *pública* ou, ao menos, *publicável*. Com isso, sobrepõe-se o *papel* desempenhado pelo indivíduo na sociedade à sua própria pessoa, instrumentalizando-a e, distanciando-a das garantias que deve ser capaz de usufruir tal como qualquer indivíduo que não desempenha uma função pública, ou um papel público perante a sociedade.

Por essas e outras razões é que se prefere designar o indivíduo que desempenha qualquer atividade de grande expressão ou que, por qualquer motivo, passe a partir de um fato qualquer (recebimento de prêmio em grande loteria, p. ex.) alcançar uma maior exposição pública a ser designado nesse trabalho como indivíduo notoriamente conhecido ou de notoriedade pública.

⁵⁸¹ Extrato de parte da Sentença 101,361, BvR 653/96. Eis o trecho em referência:

“De otra parte, la protección se extiende a un ámbito en el que los individuos pueden expresarse, distensionarse o abandonarse (ver BVerfGE 27,1 [6]). Ciertamente, ese ámbito ofrece también la oportunidad de comportarse en una forma, diferente a como se haría en público, y cuya observación o presentación ante extraños, sería vergonzosa o perjudicial para los implicados. En esencia se trata, sin embargo, de un espacio en que tiene la posibilidad de liberarse de la observación del público y con esto del autocontrol que ésta obliga, a pesar de que el comportamiento sea el mismo al que se tiene públicamente. Si deja de existir este ámbito de retiro, el individuo podría sobrecargarse psíquicamente, porque debe atender sin descanso, cómo se actúa respecto de los demás, y si se está actuando en forma correcta. Le faltaría las fases de soledad y del equilibrio, que son necesarios para el desarrollo de la personalidad y sin las cuales se podría ver perjudicado.” (SCHWABE, Jürgen. **Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. Trad.: Marcela Anzola Gil. Madri. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, [s.d]. p. 59.)

O homem é o único ser, no mundo, dotado de vontade, isto é, de capacidade de agir livremente, sem ser conduzido pela inelutabilidade do instinto⁵⁸². Daí porque se afirma que o homem se destaca de toda a natureza, aparecendo como um ser superior ao universo material. Dotado de inteligência e liberdade, está mais além da Natureza e da História. A liberdade pertence, assim, à essência do homem. Diferentemente das coisas, que têm seu fim fora de si, o homem tem um fim próprio a cumprir por sua própria determinação. O Homem não existe só de um modo biológico. Antes disso, há nele uma existência mais rica e elevada que faz com que o mesmo sobressaia-se em conhecimento e em amor. Nas palavras de Jesus González Péres: “O homem não é sua existência, senão que a existência é sua; o que o homem é não consiste no decurso de sua vida, e sua vida é além do passar e o ficar. Em sua virtude, o homem pode modificar o seu ser da vida”⁵⁸³.

Assim, não fica difícil constatar que é sobre o fundamento último da liberdade que se assenta todo o universo axiológico do homem, isto é, o mundo das preferências valorativas, bem como toda a ética de modo geral, ou seja, o mundo das normas, as quais, contrariamente ao que sucede com as leis naturais, apresentam-se sempre como preceitos suscetíveis de consciente violação⁵⁸⁴. Nesses termos, uma das etapas de compreensão da pessoa consistiu no reconhecimento de que o Homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas. Daí porque se afirma que o Homem nasce livre para se tornar livre⁵⁸⁵. Tem-se assim o indivíduo como o seu próprio legislador universal⁵⁸⁶.

Mas para que o ser humano possa ser verdadeiramente o seu próprio “legislador universal”, dirigindo sua vida em função de suas próprias preferências valorativas é totalmente necessário que ele seja capaz de usufruir de espaço e

⁵⁸² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica** ..., p. 25.

⁵⁸³ PEREZ, Jesus Gonzalez. **La dignidad de la persona**. Madri: Editorial Civitas S.A., 1986. p. 23

⁵⁸⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica** ..., p. 25.

⁵⁸⁵ Como explica Harold J. Laski “en efecto, ya he dicho que, desde el momento que la experiencia de cada hombre es fundamentalmente única, sólo él puede apreciar íntegramente su significado y nunca será libre a menos que se le permita proceder de acuerdo con sus propias convicciones.” (LASKI, Harold J. **La libertad en el estado moderno**. Trad.: Eduardo Warshaver. Buenos Aires: Editorial Abril, 1945. p. 135.)

⁵⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica** ..., p. 26.

momento que lhe possibilite reflexão. Ou seja, deve ser-lhe assegurado momento de liberdade psicológica que servirá como o instrumento necessário para que o mesmo chegue à liberdade moral pois, como afirma José de Oliveira Ascensão: “o homem nasce livre psicologicamente, para poder tornar-se livre moralmente”⁵⁸⁷.

Assim não é demais afirmar que o espaço e o momento que proporcionam ao homem que revise seus conceitos, aperfeiçoe suas ideias, reflita sobre seus erros, é a intimidade. Como destaca Paulo José da Costa Jr., “a privacidade, como solidão autêntica, é o único momento que o indivíduo tem a possibilidade de realizar uma visualização crítica das relações sociais. Sem essa perspectiva crítica, a participação de cada um no mecanismo da comunicabilidade social equivale a um nada, porque simplesmente mimética, infecunda. ‘In interiore hominis habitat veritas’.”⁵⁸⁸ Dessa forma é na intimidade que o indivíduo tem o poder de realizar esse juízo crítico dando-se a chance de repensar a realidade posta e, se possível, indicar novos caminhos para a comunidade, motivo pelo qual não parece nenhuma anomalia afirmar que a intimidade é importante se não diretamente, mas ao menos indiretamente, para o aperfeiçoamento da sociedade.

Essa importância assume maior relevo na atualidade. De fato é inegável que a sociedade atual é uma sociedade de massa. Duas características proeminentes desse tipo de sociedade é a tendência em promover a massificação e a normalização. Os indivíduos passam a ser vistos de forma unitária em seu conjunto e não como seres singulares, individualizados. Com isso a sociedade espera de cada um de seus membros sempre que possível um só tipo de comportamento, o comportamento mais previsível possível. Daí porque existir inúmeras regras ditando o comportamento dos indivíduos. São elas, as regras impostas que “enquadram” o integrante da sociedade e fazem com que o mesmo se comporte tal qual os outros. Com isso se consegue que se façam abolidas a maioria das reações espontâneas e inusitadas dos integrantes da sociedade⁵⁸⁹. A sociedade de massa espera com isso

⁵⁸⁷ ASCENSÃO, José Oliveira de. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. In **Novo Código Civil**: questões controvertidas - parte geral do Código Civil. Vol. 6. Coord.: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 120.

⁵⁸⁸ COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 23.

⁵⁸⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana** ..., p. 50.

que os indivíduos se dissolvam no coletivo e se convertam da melhor forma possível em rebanhos do que se apresentem como indivíduos singulares e cidadãos ativos e participativos construindo uma sociedade propriamente dita. Aliás, não surpreende que na sociedade de massa, o indivíduo nunca esteja sozinho e sempre esteja ocupado demais para pensar. Nesse contexto o indivíduo se vê inteiramente privado, isto é, privado de ver e ouvir os outros e privado de ser visto e ouvido pelos outros⁵⁹⁰. Isso inegavelmente traz uma série de problemas.

Se não tem-se tempo e espaço assegurado para pensar não se pode problematizar. Se não se problematiza, não se é capaz de visualizar o que está certo e o que está errado. Ao não se visualizar o certo e o errado, não se constata. Se não se constata um problema não se tem condições de analisá-lo friamente e propor medidas para solucioná-lo. Dessa forma, o indivíduo da sociedade de massas comporta-se como um zumbi autômato, teleguiado que é por uma força sobrenatural invisível.

É nesse contexto que a intimidade assume relevância pois ela autoriza que o indivíduo reflita, diagnostique os problemas, faça o melhor prognóstico possível e combata-o. Será por meio da intimidade que o indivíduo conseguirá instaurar o diálogo interior, com um provisório desligamento e afastamento do mundo exterior para repensar a realidade. O direito de estar só permite o parar para pensar o significado das coisas. O parar para pensar, por ser questionador e problematizador, tem relevância para a vida ativa, pois exerce um efeito liberador sobre a faculdade do juízo⁵⁹¹. De fato, na medida em que o importante é o juízo reflexivo sobre o particular que não pode ser subsumido no geral, o diálogo do eu consigo mesmo, na atividade do pensar, libera a mente para a discussão sobre as normas gerais positivas, sobre os universais abstratos que podem ser ensinados, apreendidos e aplicados até se transformarem em hábitos, perdendo, nesse processo, o contato com a realidade⁵⁹².

⁵⁹⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana** ..., p. 67.

⁵⁹¹ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos ..., pp. 271-272.

⁵⁹² LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos ..., p. 272.

Assim, é inegável que a reserva da intimidade acaba por gerar “funções significativas para a própria sociedade”⁵⁹³. Sim, porque a intimidade assegura a margem necessária ao cultivo da liberdade e da emotividade, do desenvolvimento de uma certa “contra-cultura” e “desmodernização”. E, dessa forma, protege o indivíduo do perigo de sucumbir física e psiquicamente ante a avalanche de ruídos e estímulos da sociedade moderna⁵⁹⁴. No mesmo diapasão na esfera da intimidade pode o indivíduo “cultivar construções alternativas da realidade social sem por em causa a sempre precária definição social.”⁵⁹⁵ Não foi por menos que García Morente afirmou que “é na solidão pessoal, na intimidade, (...) [que] o homem encontra a fonte criadora da cultura humana.”⁵⁹⁶

1.3 A IMPORTÂNCIA DA INTIMIDADE PARA A SUSTENTAÇÃO DE REGIMES DEMOCRÁTICOS

Outra face pouco estudada e que bem demonstra a necessidade de se resguardar e proteger a esfera transcendental da intimidade do indivíduo está relacionada a sua importância para o aprimoramento, desenvolvimento e a manutenção de regimes democráticos.

O regime democrático é, atualmente, um dos regimes de governo mais desejados e perseguidos pelas populações dos países ocidentais. É talvez a ideia com maior poder de energização do século XX verificando-se no mundo poucos estados que não se intitulam democracias⁵⁹⁷. Apesar de sua difícil conceituação⁵⁹⁸

⁵⁹³ ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal** – uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 89.

⁵⁹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 89.

⁵⁹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 90.

⁵⁹⁶ MORENTE, García M. **Ensayo sobre la vida privada**. Madrid, 1944.

⁵⁹⁷ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**. 6 ed. Trad.: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Record, p. 78.

⁵⁹⁸ Giovanni Sartori afirma que existem muitos motivos para que o conceito de democracia se apresente difuso e multifacetado. Primeiro, porque a democracia em geral atualmente pode ser vista como o nome de uma civilização, ou melhor, do produto final político da civilização ocidental. Da mesma forma, diferentemente do que aconteceu com o comunismo e o socialismo que tendencialmente poderiam ser conectados a um único e grande autor – Karl Marx – a democracia

os autores não divergem em reconhecer que um de seus principais caracteres é o fomento do debate. Tendo em sua essência a necessidade do debate não é difícil constatar que seu “oxigênio” é o exercício da dialeticidade. Mas só há debate, ao menos um debate sério e profícuo, onde existe reflexão. E a reflexão, como repetidamente vem se defendendo nesse trabalho, só se dá no âmago da intimidade. Daí porque se afirma que a intimidade é essencial para as instituições democráticas e sempre corre perigo nos regimes autoritários⁵⁹⁹ e utópicos.

De fato, na utopia e no autoritarismo as forças são voltadas contra a intimidade. Nas utopias, quase sempre, tende-se a planificar implacavelmente os cidadãos⁶⁰⁰. Já nos regimes autoritários o poder tendencialmente é intromissivo. O poder tende a ser intrometido para que se possa controlar as ações dos cidadãos. Daí porque se afirma que a subsistência do regime autoritário só se logra a partir do controle e manipulação da privacidade dos indivíduos.

Muito desse controle se dá através da massificação de pensamentos, modos, atitudes. A propaganda⁶⁰¹ e outras técnicas se elaboradas assim artificialmente introduzem uma maneira de falar e, portanto, de pensar, igualitária e impessoal. E

remonta ao pensamento de vários autores, iniciando-se com Aristóteles e Platão na Grécia Antiga, e chegando a Modernidade a idéia de democracia é bem diferente daquela inicialmente delineada. (*In A teoria da democracia revisitada*. Vol. I – o debate contemporâneo. Trad.: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994, pp. 17-18.)

⁵⁹⁹ PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada ..., p. 510.

⁶⁰⁰ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça** ..., p. 105.

⁶⁰¹ Gustav Le Bon adverte que a publicidade é pródiga em desenvolver técnicas no sentido de influenciar o público e com isso formar uma maioria de indivíduos que adquirem bens mais pela influência externa (influência da massa, da multidão) do que por vontade própria. Informam mencionados autores que isto acontece com freqüência no ramo publicitário. Profissionais deste ramo, ao desenvolverem suas campanhas, em não raras vezes recomendam os produtos de seus clientes, privilegiando imagens externas e relativas muito mais aos órgãos sensitivos do que racionais (por exemplo: a imagem de virilidade e sucesso do cowboy americano que fumava determinada marca de cigarro; a propaganda de cerveja, sempre associada a locais paradisíacos, recheados de belas mulheres etc.), sem se preocupar em demonstrar as mínimas qualidades do produto (vide as campanhas publicitárias de cervejas; cigarros; etc.). Em outros casos, desenvolvem suas campanhas publicitárias baseados no único argumento de que “este é o produto que mais vende”. Assim, a aceitação do público é falaciosamente constatada com o raciocínio relativo às “bondades” do produto anunciado sendo que, retoricamente, se o produto é aceito pela grande maioria dos consumidores, o mesmo se constitui em mercadoria de ótima qualidade.

Interessante destacar que o psicólogo Jean Aren, em 1912, desenvolveu um método que foi devidamente apropriado pela Propaganda em 1925 por Edward Strong, método este denominado anagrama “A.I.D.A” cujas iniciais representariam a Atenção, o Interesse, o Desejo e a Ação, com vistas a promover a maior influência sobre o público consumidor.

isto tem uma justificativa: sem dúvida, os rebanhos se governam e se manejam mais facilmente que as sociedades, como sabem muito bem os ditadores⁶⁰².

De fato, como relembra Jürgen Habermas o nexos estreito entre cidadania autônoma e esfera privada intacta revela-se claramente, quando comparada com sociedades totalitárias onde existe o socialismo de Estado. Nelas, um Estado pan-ótico controla diretamente a base privada dessa esfera pública. Intervenções administrativas e supervisão constante desintegram a estrutura comunicativa do dia-a-dia na família, na escola, na comunidade e na vizinhança. A destruição de condições vitais solidárias e a quebra da iniciativa e da independência em domínios que se caracterizam pela super-regulação e pela insegurança jurídica, implicam o aniquilamento de grupos sociais, de associações e de redes, a dissolução de identidades sociais através da doutrinação, bem como o sufoco da comunicação pública espontânea. Assim a racionalidade comunicativa é destruída, tanto nos contextos públicos de entendimento, como nos privados. E quanto mais se prejudica a força socializadora do agir comunicativo, sufocando a fagulha da liberdade comunicativa nos domínios da vida privada, tanto mais fácil se torna formar um massa de atores isolados e alienados entre si, fiscalizáveis e mobilizáveis plebiscitariamente⁶⁰³.

Como advertem os psicólogos o homem em multidão, o homem em grupo, aquele que se encontra inserido em um corpo coletivo, se comporta muito diferentemente do que se estivesse isolado ou desacompanhado. Ele é guiado por uma lógica toda especial, uma lógica toda peculiar. A lógica do grupo⁶⁰⁴.

⁶⁰² GONZÁLEZ, Dice Zavala de. **Resarcimiento de daños a la personas**. Buenos Aires: Astrea, 1994. pp. 33-34

⁶⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. pp. 102-103. Volume II.

⁶⁰⁴ Interessante a seguinte passagem da obra **As opiniões e as crenças** de Gustave Le Bon:

“2. Influências do meio social e dos grupos sociais.

O meio social exerce nas nossas opiniões e na nossa maneira de proceder uma ação intensa. A despeito da nossa vontade, ele determina inconscientes inferências, que sempre nos dominam. Os livros, os jornais, as discussões, os acontecimentos de uma época criam um ambiente que, embora invisível, nos orienta. Esse ambiente encerra os germes de concepções artísticas, literárias, científicas ou filosóficas, que o gênio, por vezes, condensa em luminosas sínteses.

As opiniões suscitadas pelo meio social são de tal modo fortes que o indivíduo obrigado a deixar esse meio é igualmente forçado a mudar de opinião. Um perfeito socialista revolucionário facilmente se torna um conservador intransigente, desde que chegue ao poder. Sabe-se com que facilidade

Assim, as decisões tomadas em grupo tendem a ser mais audaciosas e menos conservadoras do que as decisões tomadas individualmente. Isso se deve muito ao fato de que, nas decisões tomadas em grupo, se verifica uma difusão da responsabilidade. Igualmente, se deve ao fato de que, nas discussões grupais, os membros do grupo tendem a comparar suas posições com a de outros membros, sendo que, mesmo os indivíduos mais conservadores, ao constatarem que outros indivíduos tomam posições mais arriscadas, tendem a conjugar da mesma opinião, passando a ser mais parecidos com os indivíduos não tão conservadores⁶⁰⁵.

Entretanto, em qualquer processo decisório (aqui especificamente o processo deliberativo democrático) o que se espera daquele que deseja participar do debate

Napoleão transformou em duques, camaristas e barões, os terríveis convencionais que ainda não tinham tido tempo de matar-se uns aos outros.

O meio social atua de maneira geral, mas o que principalmente atua é o grupo ao qual pertencemos. Em matéria de opiniões e de crenças individuais, deduzidas das nossas próprias observações e dos nossos raciocínios temos geralmente muito pouco. Os homens só possuem na maioria, as opiniões e as crenças do grupo: casta, seita, partido, profissão, a que pertencem, e em massa as adotam.

Cada classe de um povo: operários, magistrados, políticos professam, pois, as opiniões fundamentais do seu grupo profissional. Elas são o critério dos seus julgamentos. Eles consideram as coisas verdadeiras ou falsas conforme se adaptam ou não às opiniões desse grupo. Cada grupo forma uma espécie de tribo fechada, que possui opiniões comuns tão aceitas que nenhuma discussão se trava sobre elas. Quem não adota as idéias do seu grupo, não poderia viver nele. (...).” (LE BON, Gustav.

As opiniões e as crenças. Fonte Digital www.jahr.org Copyright © Autor: Gustave Le Bon Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org) Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/lebon.html#lvici1>. Acesso em 12.06.2007)

⁶⁰⁵ RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 19 ed., ref.. Petrópolis: Vozes editora, 2000. p. 387.

A grosso modo, isto explicaria aqueles tristes e lamentáveis fatos pelos quais cidadãos são linchados em praça pública por populares, logo após a denúncia da prática de determinado crime (exemplos mais vistos: estupro, morte por atropelamento etc.). Em não raras vezes, o acusado é gravemente ferido, em certas vezes até assassinado pela multidão enfurecida, sendo que, os participantes da agressão, ao serem detidos (ultrapassado, portanto, o momento e acesso de fúria) e questionados sobre os motivos que os levaram a praticar tal atrocidade, se declaram arrependidos pela consecução do ato, informando, ainda, que não conseguem entender quais seriam os motivos que os conduziram a se portar daquela maneira, afirmando que nunca, em “sã consciência”, pensariam em agredir ser humano até a morte.

Mais uma vez a explicação dada pela psicologia:

“Janis (1971) apresenta uma interessante e detalhada análise de um processo que ele denominou de ‘*groupthink*’ e que poderíamos traduzir por “pensamento grupal”. Consiste esse fenômeno na tendência de os membros de grupos coesos se deixarem levar pelo entusiasmo do grupo e passarem a agir mais emocionalmente do que racionalmente. O objetivo principal passa a ser a coesão do grupo em torno de certas idéias, e não a análise racional das mesmas. Janis cita o exemplo do fiasco da invasão em Cuba, conhecida como a ‘invasão da Baía dos Porcos’ (abril de 1961), como sendo um excelente exemplo do fenômeno de pensamento grupal. Pessoas inteligentes foram levadas pelo entusiasmo em manter a coesão do grupo e passaram a agir irracionalmente, deixando espaçar detalhes importantíssimos apenas pelo desejo de manter o grupo unido em torno de uma idéia. Esta atração por manter a coesão grupal ofusca o raciocínio crítico dos membros do grupo e pode levar seus membros a decisões desastrosas.” (RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social** ..., pp. 387-388)

e, portanto, do poder decisório é que atue de forma refletida e consciente. E mais: de forma livre e não influenciada! Não se espera que este atue de forma irreflexiva e inconsciente, tal como acontece quando envolto pela multidão.

Assim é que nos processos deliberativos em geral, anseia-se que o participante da decisão esmiúce de forma séria e profunda os elementos que fazem parte do problema a ser decidido, investigando suas características da forma mais incisiva possível, sopesando os benefícios e os malefícios, para, após isso, tomar a *sua* decisão sobre o caso.

E daí se vê o quanto é importante assegurar-se o espaço de reflexão para exercício da intimidade. Ora, se o indivíduo não tem garantia de espaço para refletir, certamente não terá a oportunidade de avaliar *livremente* a importância do que é chamado a decidir e, assim, opta mais por influências externas do que por influências internas, fruto então de sua própria reflexão e de seus desejos pessoais⁶⁰⁶.

Daí se afirma então que a intimidade contribui inegavelmente para a sustentação do próprio regime democrático.

Apresentada a importância de assegurar-se a intimidade para o desenvolvimento do indivíduo, da sociedade e de regimes democráticos, o que de certa forma já justifica a pesquisa, convém seguir a trilha lógica deste trabalho, identificando os vários estágios pelos quais passou a intimidade no decorrer da História, o que demonstrará a motivação de se defendê-la na atualidade.

⁶⁰⁶ Destaque-se que a literatura jurídica há muito vem advertindo sobre os perigos do poder Judiciário se deixar levar pela influência da opinião majoritária de um grupo social.

Carlos Maximiliano, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e precursor dos estudos de hermenêutica jurídica no Brasil, já no início do Século passado, advertia que: “outra causa, pelo menos indireta, da exegese viciosa e incorreta aplicação da lei é o deliberarem em *sessão pública* nos tribunais. O juiz impressiona-se com a galeria, inclina-se insensivelmente ante os preconceitos e paixões dominantes, julga nos termos de outro *verdictum* por ele proferido, embora haja entre os dois fatos apreciados ligeiras divergências que mereçam distinção no modo de decidir.” (*In Hermenêutica e aplicação do Direito* ..., pp. 55-56. Grifos nossos e no original.) Ou seja, o que Maximiliano está a destacar é o erro praticado pelo juiz quando este se deixa influenciar pelas “forças da galeria”; pela pressão externa exercida pela “multidão”.

No mesmo sentido, Luiz Alberto Warat, filósofo argentino há muitos anos radicado no Brasil, o qual, em estudo elaborado na década de 80, o qual noticia que muitos advogados se fazem valer do uso persuasivo da linguagem no processo judicial para obter benefícios para seu cliente (seja a condenação ou absolvição; procedência ou improcedência dos pedidos). (WARAT, Luiz Alberto. Técnicas argumentativas na prática judicial. *Revista Sequência*, v. 08, n. 09, p. 35-56, 1984.)

2 OS VÁRIOS CICLOS DA INTIMIDADE

Como se sabe o desenvolvimento de qualquer instituto jurídico está conectado indissolivelmente ao momento histórico vivido pela sociedade.

No decorrer do tempo muitos institutos mudam de figura. Muitos crescem em importância, outros são diminuídos e outros até desaparecem.

O contexto histórico inegavelmente revela muito do objeto jurídico estudado.

Isso não pode ser diferente em relação à intimidade.

Após a obtenção de seu reconhecimento jurídico pelo período das grandes Revoluções do século XVIII, o instituto sofreu revezes (foi combatido pelo Estado Social) sendo que, atualmente, “renasce” das cinzas, vindo a fazer parte do núcleo duro das constituições pós-modernas.

Dessa forma, apesar de já ter se adiantado no item “1” do capítulo “2” a evolução histórica do direito à intimidade convém agora resgatar essa evolução para que se entenda o por que do direito à intimidade ter sido relegado a um segundo plano desde meados do século XVIII até agora, ressurgindo com força total no alvorecer desse século XXI.

A ascensão, o declínio e a retomada da intimidade podem ser conectadas a três grandes períodos históricos: a era das Revoluções liberais, o advento do Estado Social e a chegada da modernidade ou, melhormente, da pós-modernidade. Demonstre-se.

2.1 ASCENSÃO: GRANDES REVOLUÇÕES. A BUSCA PELA LIBERDADE

Como se verificou no item “1” do capítulo “2” a preocupação da intimidade na Era Moderna se deu a partir do advento das Revoluções liberais.

Naquele contexto, os indivíduos, movidos que estavam por anseios libertários passaram a defender a não intromissão de terceiros (principalmente do Estado) em seu espaço privado, o que fez com que a intimidade encontrasse solo fértil para que se desenvolvesse.

A força da defesa da intimidade é visualizada em várias passagens dos textos legais da época e podem ser bem representadas pela norma garantidora da inviolabilidade do domicílio cujo espírito foi bem resumido por Lorde Chatan perante

o parlamento inglês em 1776. Declarou o Lorde Chatham naquela oportunidade: “o homem mais pobre pode, em sua casa, desafiar todas as forças da Coroa. Esta casa pode ser débil, seu telhado poderá cair, o vento poderá soprar no seu interior, a tormenta e a chuva podem entrar. Mas o Rei da Inglaterra não pode entrar, os seus exércitos não se atreverão a cruzar os umbrais da arruinada moradia.”⁶⁰⁷

Como se vê, as sociedades que brotaram das Revoluções, defenderam de forma intransigente a intimidade e a privacidade dos indivíduos pelo que ninguém poderia ser objeto de intromissões arbitrárias em seu espaço privado.

Entretanto, essa posição privilegiada não perdurou por muito tempo.

2.2 DECLÍNIO: EMERGÊNCIA DO ESTADO SOCIAL. O COMBATE AO INDIVIDUALISMO

Com o declínio do Estado Liberal e a ascensão do Estado Social a intimidade passa a ser vista com maus olhos. Ela é identificada mais como privilégio do que propriamente como direito.

De fato, conforme explica Pérez-Luño, a aparição do conceito de intimidade se fez estreitamente ligada ao nascimento da burguesia⁶⁰⁸. No período medieval o isolamento era privilégio da nobreza ou de quem por livre eleição, ou necessidade, renunciava à vivência comunitária (monges, pastores, bandidos). Esta possibilidade de isolamento vai se apresentando como um anseio crescente na medida em que as condições sociais e econômicas conduzem ao desenvolvimento dos núcleos urbanos e aparecem formas de divisão de trabalho que marcam uma clara diferença entre o lugar em que se vive – a casa privada – e o estabelecimento em que se trabalha, a diferença de prolongamento do lugar que supunha o ateliê artesanal⁶⁰⁹. Assim, nesse período (Revoluções Liberais) muitos identificam a intimidade como uma aspiração da burguesia em ascender ao que antes era considerado um privilégio de poucos⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação ..., p. 44.

⁶⁰⁸ PÉREZ-LUÑO, Antonio-Eduardo. **Derechos humanos** ..., p. 321.

⁶⁰⁹ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 321.

⁶¹⁰ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 322.

Essa identificação da intimidade como privilégio, estritamente conectada ao regime burguês vai representar mais à frente o verdadeiro “calcanhar de Aquiles” da intimidade, pois a mesma passa a ser vista como sinônimo de proteção e defesa do individualismo⁶¹¹⁻⁶¹².

Não é por menos que, no alvorecer do século XX, com a ascensão do Estado Social, em substituição ao Estado Liberal, passou-se a combater a intimidade pois ela passou a ser vista como verdadeira “inimiga” da sociedade. Ela seria um resquício do privilégio burguês que iria contra o sentido fraternal e solidário do novo regime que estava sendo desenvolvido (o Estado Social)⁶¹³.

A partir daí a intimidade passa a ser combatida e por consequência entra em período de declínio.

2.3 O “RENASCIMENTO”: O MUNDO PÓS-MODERNO E OS ATAQUES À INTIMIDADE

O alvorecer do século XXI representa de certa forma o renascimento da intimidade. Diante da multiplicidade de formas de invasão à intimidade do indivíduo há uma clara percepção de que a mesma corre perigo. Da mesma forma, ultrapassa-se a identificação da intimidade com privilégio, reconhecendo-se que a mesma é extremamente necessária para o indivíduo e a sociedade (vide itens “1.1”, “1.2” e “1.3”).

⁶¹¹ Na opinião de Pérez-Luño isso porque os caracteres que desde seus inícios vão conformando a ideia moderna de intimidade se fazem estreitamente vinculados às necessidades e a própria ideologia da classe social que a reclamava. Isto explica, inclusive sua marcante matiz individualista, que se concreta na reivindicação de faculdades destinadas a salvaguardar um determinado espaço com caráter exclusivo e excludente. (PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 322.)

⁶¹² Note-se que autores como José de Oliveira Ascensão asseveram que o liberalismo/individualismo do século XIX leva ao extremo esta visão, acentuando sobretudo a esfera privada (origem da privacidade), que é mantida ao abrigo da intervenção do Estado. (ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade ..., p.108.)

⁶¹³ Para Ascensão o individualismo deixou também uma marca muito forte nos direitos de personalidade, dentre os quais na *privacy* norte-americana que se traduz como o “direito de estar só”. Entendido nestes termos é um direito associal, que em si nada tem a ver com o desenvolvimento da pessoa humana. Para Ascensão é visível o deslizar dos direitos de personalidade num sentido individualista, em que a solidariedade está de todo ausente. O indivíduo vira-se contra a sociedade. (ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade ..., pp. 116-117.)

Assim, apesar de “mentes honestas, mas impregnadas pelo surto moderno do êxtase de massa (...) eventualmente, questionar[em] o valor da intimidade”⁶¹⁴ o fato é que seu valor é ímpar provocando a demanda por maior proteção jurídica.

Daí porque autores como Nelson Saldanha defendem a necessidade de retorno do (ou ao) epicurismo⁶¹⁵. Para Saldanha o resgate do epicurismo proporcionaria a proteção ao asilo do pensar, não só em face da agitação e das vanidades da vida pública, mas, igualmente, das adversidades políticas⁶¹⁶.

Nesse tom parece adequado então afirmar que a intimidade merece ganhar novos termos no século XXI e merece ser defendida diante das inúmeras hipóteses de ofensas que pode sofrer.

Assim, se é certo que a intimidade não deve ser confundida como o puro direito de “estar-só”, também parece adequado relegar-lhe ao limbo jurídico.

Daí porque parece salutar que se reconstrua esse direito sob novas bases. Uma base sólida para essa reconstrução parece ser a defesa da pessoa.

3 A DEFESA DA PESSOA COMO MOLA PROPULSORA DE DESENVOLVIMENTO E APRIMORAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DO DIREITO À INTIMIDADE

Apesar da intimidade ser considerada atualmente pelo sistema jurídico constitucional brasileiro como verdadeiro direito fundamental⁶¹⁷, ser vista como um dos conteúdos principais do direito à dignidade⁶¹⁸ e, igualmente, como a forma mais excelsa da existência humana haja vista que permite que o homem viva intensamente e que se desborde livremente em benefício da comunidade⁶¹⁹⁻⁶²⁰, se

⁶¹⁴ COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só** ..., p. 21.

⁶¹⁵ O epicurismo foi o movimento encabeçado pelo filósofo Epicuro que propugnava a necessidade de proteção ao momento privativo do indivíduo.

⁶¹⁶ SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça** ..., pp. 41-42.

⁶¹⁷ Artigo 5º, inciso X, cujo conteúdo será melhor explorado no decorrer do presente capítulo.

⁶¹⁸ EKMEKDIJAN, Miguel Angel. **Manual de la Constitución Argentina**. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 2002. p. 95.

⁶¹⁹ DESANTES, José Maria. Op. cit., p. 286.

constata facilmente que esse direito fundamental foi pouco explorado pela doutrina do direito constitucional no passado. Diante da escassez de discussão na seara do direito constitucional provocada pela ausência de dispositivo expresso nas Cartas Políticas antes de 1988, este direito foi melhor explorado pela doutrina do direito privado, no desenvolvimento daqueles direitos denominados como “inatos”⁶²¹ ao ser humano, os chamados direitos da personalidade. Diante dessa ausência de maior exploração do assunto, optou-se no presente trabalho, como já se afirmou anteriormente, a explorar dialogicamente os conceitos e fundamentos dessas duas escolas do Direito. Parece que isso não será maior problema uma vez que tanto o Direito Constitucional, quanto o Direito Privado, desenvolvem seus conceitos sob uma base axiológica concreta: a proteção da dignidade da pessoa humana⁶²².

3.1 A DEFESA DA PESSOA COMO VALOR FONTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Jorge Mosset Iturraspe em certa oportunidade fez a seguinte provocação à plateia de juristas:

Qual o objetivo do Direito? O que seria de nós se não fossemos obcecados pela pessoa humana? Se não tivéssemos a preocupação constante, todos os dias de nossas vidas, pelo homem, por sua felicidade, pela sua dignidade, pela satisfação de suas necessidades, pela superação dos obstáculos de direito e de fato que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana? O que seria de nós, juristas? Haveríamos perdido nossa razão de ser, a razão de nossa existência!⁶²³

⁶²⁰ Também destacando a importância desse direito José Serpa de Santa Maria para quem o mesmo pode “ser visto como um dos direitos de magna importância no Direito Moderno”. (*in* **Direito à imagem, à vida e à privacidade**. Belém: CEJUP, 1994. 161)

⁶²¹ Um dos autores que trata o direito a intimidade como direito inato é José María Desantes em seu trabalho *El derecho fundamental a la intimidad ...*, p. 269.

⁶²² Corroborando a afirmação a assertiva de Pérez-Luño: “El honor, la intimidad y la propia imagen han sido considerados por la teoría jurídica tradicional como manifestaciones de los derechos de personalidad, y en el sistema actual de los derechos fundamentales como expresiones del valor de la dignidad humana.” (LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos humanos ...**, p. 317.)

⁶²³ ITURRASPE, Jorge Mosset. Conferência de encerramento da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal no Auditório do Superior Tribunal de Justiça em 12 e 13 de setembro de 2002, Brasília. *Apud* TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, n. 4, e Ano V, n. 5 - 2003-2004.

De fato, a disciplinação jurídica da vida social é uma necessidade da própria natureza humana, pois os homens têm diferentes opiniões e aptidões, gerando preferências diversas, muitas vezes até conflitantes, sendo necessária então a existência de normas sociais que possam ser impostas à obediência de todos⁶²⁴. Porém, nenhuma comunidade subsiste sem uma base de valores comuns que a cimente. Esses valores foram cunhados pela nossa civilização e pela história e, não obstante tantas deturpações continuam a dar, com mais ou menos consciência por parte daqueles que dela participam, os grandes quadros da vida coletiva. O principal valor atualmente reconhecido é o respeito pela pessoa humana⁶²⁵.

Assim, a maioria dos ordenamentos jurídicos atuais de modelo ocidental, o conjunto de direitos fundamentais das constituições contemporâneas assentam-se numa principal unidade de sentido que pode ser vista como um princípio de valor: a dignidade da pessoa humana, individual ou institucionalmente considerada⁶²⁶.

Ou seja, a base da maioria dos direitos fundamentais, quer sejam eles os direitos de liberdade tradicionais, os direitos de participação política, os direitos dos trabalhadores ou os direitos a prestações sociais, funda-se na ideia de que a pessoa é princípio e fim da sociedade e do Estado⁶²⁷.

Nesse diapasão a acolhida deste preceito com caráter de mandato constitucional implica sua aceitação como valor jurídico, quer dizer, como norma jurídico-positiva⁶²⁸.

⁶²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do Direito**. São Paulo: Ed. Bushatsky, 1976. p. 15.

⁶²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade ..., p. 125.

⁶²⁶ Ingo Wolfgang Sarlet apresenta os exemplos das Constituições da Alemanha (art. 1º, inc. I), da Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º, inc. I), Irlanda (Preâmbulo) e Portugal (art. 1º) cuja garantia da dignidade da pessoa humana é um de seus objetivos primordiais. (*in Dignidade da pessoa humana* ..., p. 66)

⁶²⁷ A doutrina atual firmemente reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento de toda atividade. Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81. NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. pp. 72-73. PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución** ..., p. 49. CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos ..., pp. 41-42.

⁶²⁸ BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de La personalidad. *In Manual de Derecho Constitucional*. 2 ed. BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. Orgs. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001. p.120.

No sistema jurídico-constitucional brasileiro a exemplo do que ocorreu em outros países, o Constituinte de 1988 estabeleceu expressamente, no título dos princípios fundamentais, a proteção da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, CF), o que representa afirmar que, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal⁶²⁹.

Na visão de Jesus Gonzáles Pérez todos e cada um, sem exceção, estão obrigados a respeitar a dignidade dos demais, considerando ao próximo como se fosse ele mesmo. Muito especialmente, o Estado vê-se ineludivelmente obrigado a respeitar e proteger a dignidade. Reconhecida a pessoa e sua dignidade, o Estado e os demais entes públicos devem respeitá-la e protegê-la⁶³⁰.

Dessa forma mostra-se indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais uma vez que aquela aparece como valor conformador (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo da maioria dos direitos fundamentais⁶³¹, exigindo e pressupondo o reconhecimento e proteção desses direitos (fundamentais) em todas as suas dimensões.

⁶²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana** ..., pp. 69-70.

Compartilhando esse entendimento só que se referindo ao sistema constitucional alemão Ernest Benda afirma que em qualquer caso, o Estado se encontra juridicamente obrigado a preservar a dignidade humana e a protegê-la no marco de suas possibilidades, as competências do Estado resultam limitadas, na medida em que com o mandato de respeito a dignidade se estabelece uma barreira absoluta a toda ação do Estado. Por sua vez são aumentadas as obrigações deste, toda vez que deve proteger tal valor, quer dizer, deve ajudar qualquer pessoa cuja dignidade resulte ameaçada. Respeito e proteção da dignidade são diretrizes vinculantes para toda a atividade do Estado. (BENDA, Ernest. Op. cit., p. 120)

⁶³⁰ PÉREZ, Jesus Gonzáles. **La dignidade de la persona** ..., p. 61.

⁶³¹ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet o art. 1º, inc. III, da CF/88 erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Brasileiro a Estado Democrático de Direito. Isto demanda afirmar que a Constituição Brasileira é comprometida com a plena realização da pessoa humana, sendo a própria razão de ser do poder estatal. Acrescenta ainda que a este princípio cumpre uma função política fundamental, atuando como referência para o processo decisório político e jurídico. Para o autor, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana é um consenso sociocultural, ainda que existam muitas divergências, sobre o que cada um entende por dignidade da pessoa e sobre o modo de sua promoção e proteção.

3.2 A PESSOA COMO VALOR FONTE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Se os direitos de personalidade podem ser vistos como “um conjunto de direitos subjetivos que incidem sobre a própria pessoa ou sobre alguns fundamentais modos de ser, físicos ou morais, da personalidade e que inerem, portanto, à pessoa humana”⁶³² “sem os quais a personalidade seria apenas uma situação completamente insatisfeita, esvaziada de qualquer valor concreto; (...) sem os quais todos os demais direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo: a ponto de se poder dizer que, se estes direitos não existissem, a pessoa não poderia entender-se como tal”⁶³³, parece não ser difícil aceitar que toda a razão de estudo e desenvolvimento dos direitos da personalidade está relacionado a defesa do indivíduo enquanto tal, enquanto pessoa.

Para Pérez-Luño a dignidade humana supõe o valor básico fundamentador dos direitos humanos que tendem a explicitar e satisfazer as necessidades da pessoa na esfera moral. Daí porque representa o princípio legitimador dos denominados direitos da personalidade⁶³⁴. Para o mesmo autor “a dignidade humana constitui não só a garantia de que a pessoa não vai ser objeto de ofensas

Mas o mesmo Sarlet ressalta que a afirmação de que todos os direitos fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual aqueles seriam apenas concretizações, é pelo menos discutível. Contudo, entende que pelo menos em sua ampla maioria os direitos e garantias fundamentais poderiam ser, ao menos reconduzíveis, de alguma forma, à noção de dignidade da pessoa humana.

Portanto, mesmo que seja correto afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como elemento informador dos direitos e garantias fundamentais da CF/88, também é certo que isso não significa que todos os direitos fundamentais sejam uma decorrência direta da dignidade da pessoa humana. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e “Novos” Direitos na Constituição Federal de 1988**: Algumas aproximações. (prelo)).

⁶³² PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In **A Constituição concretizada** – construindo pontes com o público e o privado. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 62.

No mesmo sentido José Castán TOBEÑAS para quem: “Se les ha definido como aquellos derechos que, a diferencia de los patrimoniales, ‘garantizan al sujeto el señorío de la propia personalidad’ o bien ‘aquellos que tienen por objeto los modos de ser, físicos o morales, de la persona’”. (TOBEÑAS, José Carlos. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Reus – Centro de Enseñanza y Publicaciones (S.A.), 1952. pp. 7-8)

⁶³³ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad.: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas. Romana Jurídica, 2004. p 24.

⁶³⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., pp. 318-319.

ou humilhações, senão que representa também a afirmação positiva da necessidade de se estimular o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.”⁶³⁵

Não diverge Ernest Benda, para quem a garantia do livre desenvolvimento da personalidade responde em última instância à dignidade da pessoa⁶³⁶.

Informa José de Oliveira Ascensão que um direito *da* personalidade⁶³⁷ deverá ser um ramo construído e centrado na pessoa humana e na sua inerente dignidade substantiva, representando assim, na esfera civil, a cristalização do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que, por ele, se realizará o programa de a pessoa humana ser verdadeiramente tomada como sujeito, fundamento e fim do Direito⁶³⁸.

Ou seja, resta mais do que comprovado que os direitos da personalidade nada mais são do que instrumentos tendentes a defender a dignidade humana, o que não difere do objetivo principal dos direitos fundamentais.

Mas e a intimidade? Qual será seu substrato axiológico.

3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FONTE DA INTIMIDADE

Se a dignidade da pessoa humana é um valor referencial tanto para os direitos fundamentais quanto para os direitos da personalidade não é de se estranhar que ela seja também o valor de referência do direito à intimidade.

⁶³⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 318.

⁶³⁶ BENDA, Ernest. Op. cit., p. 123.

⁶³⁷ Para Ascensão em se tratando dos direitos de personalidade faz-se necessário dar um salto qualitativo. Os direitos da personalidade cumpriram razoavelmente a sua função, de oferecer uma construção que coloca a pessoa humana como núcleo da valoração jurídica. Mas são inidôneos para unificar num ramo do Direito o complexo dos aspectos fundamentais exigidos pela dignidade da pessoa humana.

Há que se passar dos direitos de personalidade, que nem sequer foram acolhidos como ramo autônomo do Direito Civil, para o Direito da Personalidade.

Este deverá ser um ramo centrado na pessoa humana e na sua inerente dignidade substantiva. Representará assim na esfera civil a cristalização do princípio da dignidade da pessoa humana para que aponte a Constituição. Densificará, na linha constitucional, esse princípio, depurando-o de todo o formalismo que ameaça hoje os direitos de personalidade.

Por ele se realizará o programa de a pessoa humana ser verdadeiramente tomada como sujeito, fundamento e fim do Direito. (ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade ..., p. 127.)

⁶³⁸ ASCENSÃO, José Oliveira de. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade ..., p. 127.

A referência é tão clara que J. M. Othon Sidou afirmou que o “direito à intimidade é, pois, o direito à dignidade, dêz que é aí onde ele vai buscar todo o seu conteúdo ético”⁶³⁹.

Assim, parece não haver nenhuma dificuldade em se aceitar que o direito à intimidade tem como base axiológica também a defesa da dignidade da pessoa humana.

Demonstrada a base axiológica que ampara o direito fundamental à intimidade pode se passar então a formular um conceito e apresentar o regime jurídico desse direito na ótica do presente trabalho.

4 O REGIME JURÍDICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE NA PERSPECTIVA DO PRESENTE TRABALHO

4.1 CONCEITO

Apesar da reconhecida dificuldade em conceituar o direito fundamental à intimidade⁶⁴⁰ é chegada a hora de tentar reconstruir o conceito desse direito com base nos dados colhidos no decorrer da presente pesquisa.

Nesses termos o direito fundamental à intimidade pode ser visto como aquele direito *fundamental* que protege o *interesse existencial* do indivíduo em viver alguns dos momentos mais sublimes de sua vida, seja solitária ou inter-relacionalmente, de forma *livre, autônoma e digna*, sem que seja objeto de qualquer ingerência ou controle externo.

O direito fundamental à intimidade protege assim o interesse existencial do indivíduo em deter um espaço *livre, exclusivo*⁶⁴¹ e *autônomo* de vivência (e

⁶³⁹ SIDOU, J. M. Othon. Direito à intimidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 421, nov./1970, p. 10.

⁶⁴⁰ A dificuldade advém dentre outros fatos da ostensiva peculiaridade do direito a intimidade em ter seu conteúdo dinâmico, cuja extensão varia, de acordo com diversas variáveis, não só de sujeito a sujeito senão também em relação com o mesmo sujeito. (SESSAREGO, Carlos Fernandez. **Derecho a la identidad personal** ..., p. 167.)

Destaque-se que para Tércio Sampaio Ferraz Jr. não há um conceito absoluto de intimidade. (*in* Sigilo de dados ..., p. 143.)

convivência) no qual ele possa desenvolver todas suas potencialidades e, por consequência, construir sua *individualidade*, assegurando-se-lhe, com isso, a tranquilidade, o sossego espiritual, a paz interior necessários para que encontre o exigido equilíbrio psicológico para desenvolver a vida em toda sua plenitude.

4.2 CARACTERES

É um direito *fundamental*, de dimensão tanto *subjetiva* quanto *objetiva*, *público* e *privado*, *inato*, *imaterial*, *vitalício*, *necessário*, *essencial*, via de regra *extrapatrimonial*, *imprescritível*, *impenhorável*, *absoluto* e *relativo*, na modalidade subjetiva *intangível*.

Direito *fundamental* porque é um direito subjetivo das pessoas enquanto tais assente que está na Constituição Federal de 1988 tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista material. Assim, representa um conjunto de faculdades e instituições que concretiza as exigências de dignidade, de liberdade e de igualdade humanas.

Direito *subjetivo* porque confere ao seu titular a faculdade de agir ou não agir de certo modo⁶⁴². Subjetivo também porque assegura a liberdade moral do indivíduo, cujo conteúdo é determinado pela vontade de seu titular. Trata-se de uma garantia que assegura em termos institucionais a não intervenção dos poderes públicos e de entes privados na esfera de liberdade de seu titular.

Direito *objetivo* porque quando fundamenta deveres não o faz em relação com qualquer titular concreto⁶⁴³, mas sim direcionado a todos os participantes da comunidade. Procura proteger com isso interesses superiores da coletividade, do

⁶⁴¹ Exclusivo no sentido de exclusividade. Relembre-se que o princípio da exclusividade é entendido no sentido de que aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais. O princípio garante que o sujeito apreenda fatos e transforme-os conforme a sua subjetividade sem que tenha que ser guiado por normas nem por padrões objetivos. Daí porque na esfera da privacidade escolhemos aqueles com os quais desejamos passar nossas vidas, amigos pessoais e aqueles que amamos; e nossa escolha é guiada não por semelhanças ou qualidades compartilhadas por um grupo de pessoas – ela não é guiada, de fato, por nenhum padrão objetivo ou normas, mas, inexplicável e infalivelmente, afetada pelo impacto de uma pessoa em sua singularidade, sua diferença em relação a todas as pessoas que conhecemos. O princípio da exclusividade briga com o conformismo social. (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** ..., pp. 267-268.)

⁶⁴² FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Sigilo de dados ..., p. 141. DOTTI, René Ariel. **Direito à vida privada** ..., p. 98.

⁶⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** ..., p. 1240.

interesse público e da vida comunitária⁶⁴⁴. Mas não só isso. Também por vincular todos os atores sociais, desde os agentes públicos (aqui incluídos os três poderes clássicos: executivo, legislativo e judiciário)⁶⁴⁵ até os particulares⁶⁴⁶. Igualmente, porque incorpora determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, nesta qualidade (qualidade de normas de direito objetivo) e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais⁶⁴⁷.

É um direito tanto *público* quanto *privado*⁶⁴⁸ uma vez que sua natureza abarca tantos aspectos do direito público, quanto aspectos do direito privado⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** ..., pp. 1242-1243.

⁶⁴⁵ Clèmerson Merlin Clève informa que independentemente das posições jus-fundamentais extraíveis da dimensão subjetiva, incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais). A dimensão objetiva também vincula o Judiciário para reclamar uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com o manejo daquilo que se convencionou chamar de filtragem constitucional, ou seja, a releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais. (*in* A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista crítica jurídica**. Curitiba. n. 20. Jul./dez. 2007. pp. 22-23.

⁶⁴⁶ Para Ernest-Wolfgang Bockenforde o caráter objetivo de valor dos direitos fundamentais, uma vez aceitos deve impelir, a um desenvolvimento posterior; com os direitos fundamentais não haviam recebido qualquer componente o complemento, sem uma nova qualidade. A denominada *eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais* é o legítimo do efeito da irradiação, no fundo nada mais que uma tentativa de elaborá-la dogmaticamente. Os direitos fundamentais como mandados de ação e deveres de proteção resultam também como uma consequência necessária do caráter dos direitos fundamentais como normas objetivas de princípio/decisões axiológicas. (BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos** ..., p. 107.)

⁶⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia** ..., p. 151.

⁶⁴⁸ DOTTI, René Ariel. **Direito à vida privada** ..., pp. 99-102.

⁶⁴⁹ Destaque-se que atualmente não se mostra adequado separar o direito em categorias estanques donde se revela imprópria a velha dicotomia público-privado uma vez que esses dois ramos do direito encontram-se em mútua cooperação.

Esta mútua cooperação já foi destacada por Gustav Radbruch:

Numa ordenação social do direito não se encontram, por isso, o direito público e privado lado a lado, separados por nítidos limites, mas antes em situação de deslocamento recíproco. Essa situação de amálgama, esse entrelaçamento do direito privado com o público realiza-se antes de tudo nos novos domínios jurídicos do direito trabalhista e econômico. Se com os instrumentos da igualação social pretende proteger os socialmente impotentes por meio de um poder sobre os indivíduos, se esse superpoder social pretende estabelecer limites, então é necessário encontrar-se em ambos o direito privado e o público, mas de modo que possam distinguir-se, mas não se separar. (*in* **Filosofia do Direito**. Trad.: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 187)

Direito *inato* porquanto natural e nascido com o sujeito, ou seja, seu princípio existencial coincide com o da pessoa mesmo⁶⁵⁰. Esta o adquire desde o nascimento, sem formalidade ou requisito algum complementar⁶⁵¹. *Inato* ainda porque provém do exercício da liberdade do indivíduo. No pensamento de Pontes de Miranda “o que está em contacto imediato, inato, com a personalidade é o pensar, é o sentir, é o agir”⁶⁵².

Imaterial porque se refere aos valores morais, espirituais e sentimentais mais profundos do indivíduo.

É um direito *vitalício* porque tem trajetória *ad vitam*, ou seja, para toda a vida da pessoa e seu valor existencial morre, finda com ela.⁶⁵³ No entanto isso não quer dizer que não possa ser defendida pelos herdeiros da pessoa falecida.

É *necessário* porque não pode faltar ao indivíduo dado que tem uma função constitutiva do ser mesmo enquanto tal. De fato, nenhum ser humano poderia transitar pela vida, quaisquer que fossem suas potencialidades e condições, sem ser-lhe reservado um próprio espaço e tempo⁶⁵⁴.

Essencial, porque a própria personalidade humana restaria descaracterizada se sua proteção não fosse concedida.⁶⁵⁵ Por ser uma prerrogativa jurídica inseparável do homem em si entende-se a intimidade como relativa ao objeto interior do indivíduo. É captável como manifestação ideal que põe ao descoberto o modo de ser da pessoa, que se dá nela e está compreendida nela. Não pode ter como objeto uma parte do mundo circundante, independente, exterior ou que não tenha enlace com o próprio sujeito que goza desse direito⁶⁵⁶.

⁶⁵⁰ SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho a la identidad personal** ..., p. 174.

⁶⁵¹ CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada** ..., p. 23.

⁶⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado** ..., p. 126. Tomo VII.

⁶⁵³ CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada** ..., p. 23.

⁶⁵⁴ CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada** ..., p. 24.

⁶⁵⁵ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In **A Constituição concretizada** – construindo pontes com o público e o privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 63. No mesmo sentido: PAVÓN, Pilar Gómez. **La intimidad como objeto** ..., p. 21.

⁶⁵⁶ CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada** ..., p. 24.

Na perspectiva subjetiva em virtude da união inexcedível do direito com o seu titular, *não é transmissível* a outros em vida ou *causa mortis*⁶⁵⁷.

Dado que não se pode enquadrar-lhe dentro do conjunto de direitos patrimoniais com mensuração pecuniária ou econômica, pode ser identificado, via de regra, como direito *extrapatrimonial*⁶⁵⁸. Diz-se, via de regra, porque no contexto social atual admite-se que o indivíduo se despoje de sua intimidade frente às câmeras em troca de prestação pecuniária. Nesses casos o direito à intimidade apresenta-se então como direito patrimonial. Frise-se que a sua natural característica não patrimonial não exclui que, da sua violação, resultem consequências econômicas tal como ocorre nas indenização por atos ilícitos⁶⁵⁹.

Da inerente extrapatrimonialidade pode se dizer que é um direito *impenhorável*. A impenhorabilidade advém também da impossibilidade de apreensão material desse direito.

É um direito *imprescritível*⁶⁶⁰ podendo a eventual reclamação ser acolhida a qualquer tempo.

Pode ser qualificado como direito *absoluto* quanto a sua oponibilidade a terceiros uma vez que é oponível a todos⁶⁶¹.

No entanto não é absoluto no sentido de conflito de direitos pois como se sabe não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda

⁶⁵⁷ PAVÓN, Pilar Gómez. **La intimidad como objeto** ..., p. 21. No mesmo sentido: CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada** ..., p. 25.

⁶⁵⁸ CIFUENTES, Santos. **El derecho a la vida privada** ..., p. 25. No mesmo sentido: PAVÓN, Pilar Gómez. **La intimidad como objeto** ..., p. 21.

⁶⁵⁹ DOTTI, René Ariel. **Direito à vida privada** ..., p. 103.

⁶⁶⁰ No mesmo sentido: DOTTI, René Ariel. **Direito à vida privada** ..., p. 105.

⁶⁶¹ Nesse sentido René Ariel Dotti:

“São absolutos os direitos que podem ser opostos contra todas as pessoas, as quais, frente ao titular, devem obrigar-se a respeitá-los, impondo-se a obrigação negativa de não embaraçar o seu exercício. (...)”

É particularmente na fruição do direito à intimidade da vida privada que mais se percebe essa característica da oponibilidade. A pessoa humana tem o direito de – em relação ou contra todos – permanecer recolhida ou se colocar em estado de solidão.” (DOTTI, René Ariel. **Direito à vida privada** ..., p. 102.)

que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros⁶⁶². Isso quer dizer que em caso de eventual conflito, após a necessária ponderação ele poderá ceder ante a outro direito de igual importância⁶⁶³.

Na vertente subjetiva pode ser visto como um direito intangível uma vez que o que se desenvolve dentro dele via de regra não atinge os demais e, portanto, não os influencia⁶⁶⁴.

4.3 O INTERESSE JURIDICAMENTE PROTEGIDO: A PROTEÇÃO DE VALORES MORAIS, SENTIMENTAIS E ESPIRITUAIS QUE FAZEM PARTE DO ACERVO EXISTENCIAL DO INDIVÍDUO

Primeiramente um esclarecimento. Na linguagem jurídica corrente, a expressão *objeto* do direito pode ser compreendida num plano genérico e noutro específico. No primeiro caso, significaria o objeto do conhecimento jurídico ou da investigação jurídica; usado genericamente, o termo indicaria o campo ou a matéria da disciplina. Em sentido específico, traduziria assim, por um lado, a noção de “objeto do direito” positivo, e, por outro, aquele “objeto” da relação jurídica⁶⁶⁵. Nesses termos, geralmente, utiliza-se a expressão “objeto do direito” para designar o *bem* ou a *vantagem* que o sujeito exerce sobre esse bem ou, ainda, um poder

⁶⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança n. 23.452-1. Relator Ministro Celso de Melo. Ementário n. 1990-1. p. 86.

⁶⁶³ Nesse sentido: SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho a la identidad personal** ..., p. 171.

⁶⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos** ..., p. 467.

⁶⁶⁵ DOTTI, René Ariel. **Direito à vida privada** ..., p. 95.

conferido pela ordem jurídica para usufruto de uma vantagem⁶⁶⁶. Daí porque mais do que justificadamente os autores ao tentar apontar os caracteres de que formam parte de um direito tendem a nominá-lo como o *bem* juridicamente protegido. Entretanto, não se sabe se por preciosismo exacerbado, crê-se que essa nomenclatura não é a mais aconselhável para o presente trabalho uma vez que o atual projeto constitucional impõe cada vez mais que se promova a defesa da pessoa concreta, da pessoa real, sendo que, ao se usar a expressão *bem* para designação de direitos que fazem parte da personalidade tal como o é a intimidade, o estudante mais desatento poderia conectá-lo a ideia de direito patrimonial, afastando-o, assim, da noção de direito imaterial, imanente. Assim, por tais motivos, optou-se no presente trabalho utilizar a locução “*interesse juridicamente protegido*” ao invés da usual nomenclatura “bem juridicamente protegido”.

Feito esse esclarecimento, tem-se que o *interesse* juridicamente protegido pelo direito fundamental à intimidade é a *proteção dos valores morais, sentimentais e espirituais*⁶⁶⁷ que vão constituir o *acervo existencial do indivíduo*.

Essa orientação parece estar alinhada com o pensamento de Rabindranath V. C. de Souza para quem a proteção da intimidade privada abrange as relações vivenciais de cada homem consigo mesmo, as relações interpessoais com certas e determinadas pessoas e também as relações do indivíduo com o conjunto ou setores da comunidade. Ela sempre será protegida quando as relações estejam estritamente ligadas ao essencial modo de viver da personalidade individual, sejam autônomas ou prevalecentes sobre a *coisa pública* e o seu titular não as queira tornar públicas. Nomeadamente, abrange o atinente ao modo de ser do homem, seus pensamentos, sentimentos e afetos, contanto que não sejam voluntariamente tornados públicos pelo interessado. Engloba ainda as convicções filosóficas, religiosas, políticas ou partidárias reservadas; as pequenas acomodações e transigências da vida cotidiana; os flertes, namoros ou esponsais não objeto de publicações no processo preliminar de casamento; as peripécias (renúncias, êxitos,

⁶⁶⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito Civil** ..., p. 59.

⁶⁶⁷ Esse entendimento se coaduna com o de René Ariel Dotti para quem o objeto do direito à intimidade é a proteção dos valores morais, sentimentais e espirituais do indivíduo (DOTTI, René Ariel. *A liberdade e o direito à intimidade* ..., p. 139.), bem como com o pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Jr. para quem o objeto do direito à privacidade pode ser resumido sinteticamente à integridade moral do sujeito (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados* ..., p. 141.).

sacrifícios, aborrecimentos e reconciliações) da vida conjugal e familiar; as causas e circunstâncias de um divórcio; a vida amorosa fora e ao lado do casamento (sem prejuízo, neste último caso, dos direitos do cônjuge ofendido); a nudez em zonas naturistas; os comportamentos sexuais íntimos das pessoas; a revelação não autorizada de adoção plena; os critérios educativos paternos; as desavenças entre pais e filhos, entre parentes ou mesmo entre não familiares que não tenham ocorrido publicamente ou que os interessados queiram manter reservadas; o relacionamento pessoal domiciliário no contrato de trabalho doméstico⁶⁶⁸.

4.3.1 Visa a proteção da liberdade e autonomia e evitar a instrumentalização da pessoa

Em última instância o direito à intimidade consiste na preservação da própria *liberdade da pessoa*⁶⁶⁹⁻⁶⁷⁰⁻⁶⁷¹ uma vez que ele resguarda o espaço de autonomia do indivíduo. Onde se afirma que é uma das liberdades fundamentais do corpo, da mente e do espírito⁶⁷².

Assim, o direito fundamental à intimidade visa proteger a liberdade última do indivíduo, a liberdade que lhe conferirá espaço para tomar suas decisões sem interferências constituindo-se, dessa forma, o pressuposto essencial para o exercício de outros direitos, não só pessoais, mas também sociais, já que sem essa preciosa

⁶⁶⁸ SOUZA, Rabindranath Valeixo Capelo de. **O direito geral de personalidade** ..., p. 318.

⁶⁶⁹ Como destaca Jaime Vidal Martínez se se considera que a liberdade de movimento é uma manifestação jurídica da liberdade física, também se pode considerar que o direito à intimidade representa a manifestação jurídica da liberdade interior, da liberdade de espírito. (MARTÍNEZ, Jaime Vidal. *La protección de la intimidad* ..., p. 766 e 768.)

⁶⁷⁰ Para Pilar Gómez Pavón a esfera íntima é o último reduto da liberdade aonde se desenvolve a personalidade marcando os limites com outros direitos fundamentais. (PAVÓN, Pilar Gómez. **La intimidad como objeto de protección** ..., p. 15.)

⁶⁷¹ Para Pérez-Luño a ampliação do conteúdo da intimidade tem tido pontual repercussão sobre sua significação axiológica e sua fundamentação. Assim, em nossos dias, junto a sua conexão tradicional, já comentada, com o valor da *dignidade*, se identifica a intimidade com a própria noção de *liberdade*, enquanto define as possibilidades reais de autonomia e de participação na sociedade contemporânea; e, inclusive, quando se lhe concebe como faculdade de controle das informações que lhes concernem por parte dos indivíduos e dos grupos, aparece como uma condição para uma convivência política democrática, que se confunde com a defesa da *igualdade* de direitos. (PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos** ..., p. 330)

⁶⁷² DOTTI, René Ariel. *A liberdade e o direito à intimidade* ..., p. 130.

liberdade que garante o pleno desenvolvimento da personalidade, as possibilidades de participação na sociedade resultariam formais e ilusórias⁶⁷³.

Daí porque pode ser visto como o direito que evita que o indivíduo seja instrumentalizado como se coisa ou objeto fosse⁶⁷⁴⁻⁶⁷⁵. É o direito que garante a pessoa a “liberdade de viver a própria vida e morrer a própria morte”⁶⁷⁶.

4.4 TITULARES

O titular do direito à intimidade será a *pessoa singular* ou o *grupo de pessoas* que mantenham entre si laços de *afetividade* ou de *confiança*.

Quanto à proteção à pessoa singular a justificativa é latente uma vez que a intimidade subjetiva só pode ser experimentada por pessoas singulares⁶⁷⁷.

Quanto à proteção a determinados grupos a intimidade será deferida ao grupo de indivíduos que guardem estreitas relações de *confiança* ou de *afeto* entre si. Frise-se que nesse último caso parece mais adequado estender a proteção não só ao grupo familiar, mas também e igualmente, a todo àquele grupo de pessoas que estejam ligados por estritos laços de afetividade ou de confiança. Essa ressalva faz-se necessária na medida que a concepção moderna de grupo familiar caminha para o reconhecimento da validade não só da relação entre parentes sanguíneos mas também àqueles com quem o indivíduo mantém uma estrita ligação de afetividade⁶⁷⁸. Igualmente, se justifica a inclusão do termo *confiança* porque existem

⁶⁷³ PAVÓN, Pilar Gómez. **La intimidad como objeto** ..., pp. 36-37.

⁶⁷⁴ RODRÍGUEZ, José Luiz Concepción. **Honor, Intimidad e imagen**. Una análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. p. 40.

⁶⁷⁵ No mesmo sentido: Jaime Vidal Martínez em **El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5.5.1982**. Madri: Montecorvo, 1984. p. 61.

⁶⁷⁶ DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade ..., p. 130.

⁶⁷⁷ Comungam dessa mesma opinião: GAITANO, Norberto Gonzalez. **El deber de respeto** ..., p. 125. O titular do direito à intimidade é a pessoa natural, independentemente da idade, sexo, condição social e outros atributos: tanto é a criança que vai ao canto da casa para brincar ou fazer as lições, como o doente mental que busca um refúgio para viver outras dimensões do mundo. Todos são sujeitos, mesmo os incapazes, embora o exercício do direito destes seja deferido aos representantes legais. (DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 66, abr./jun. 1980, p. 139.)

casos em que o indivíduo pode não guardar uma específica relação de afeto com alguém mas sim um outro tipo de relação pelo qual se exige confiança⁶⁷⁹.

Exclui-se do âmbito de titularidade do direito fundamental à intimidade grupos ou entes coletivos fictícios (pessoas jurídicas, condomínios) pelo fato de que a intimidade é antes de tudo imaterial, o que autoriza afirmar que só é possível de ser sentida e usufruída por pessoas físicas, pessoas singulares. Dada essa peculiar característica não parece aconselhável querer estendê-la a entes ficcionais pois com isso a proteção seria desvirtuada e, desse modo, enfraquecida.

4.4.1 Deve ser garantida a todos independentemente de sua capacidade jurídica, da função desempenhada, de seu *status* social, de seu estatuto jurídico

Dado que a intimidade é um valor que brota da dignidade⁶⁸⁰ é importante frisar que a proteção deve ser estendida a todos os indivíduos independentemente de sua capacidade jurídica, da função desempenhada, do estatuto jurídico, etc..

De fato a dignidade da pessoa não admite discriminação seja por razão de nascimento, raça, sexo, opiniões ou crenças. É independente de idade, inteligência e saúde mental, da situação em que o indivíduo se encontre, das suas qualidades específicas, assim como da sua conduta e do seu comportamento.

Lembre-se que é vedado ao Estado distinguir entre os indivíduos em função de seu presumido valor moral, daí porque não deve arrogar-se ao direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. Dessa forma, o Estado respeitará ao ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vaga, bem porque a ninguém predisposições genéticas e suas metamorfoses, bem por própria culpa, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo⁶⁸¹.

⁶⁷⁸ Namorados, companheiros (sejam eles decorrentes de relações passageiras ou não), familiares, dentre outros.

⁶⁷⁹ Por exemplo: empregados domésticos.

⁶⁸⁰ GAITANO, Norberto González. **El deber de respecto** ..., p. 110.

Dessa ideia pode se afirmar que estarão sob o manto da proteção da intimidade não só os indivíduos legalmente capazes, mas também os incapazes.

Não só aqueles que estejam usufruindo totalmente seus direitos civis e políticos, mas também aqueles que estejam privados desses direitos⁶⁸². Como relembra Jesus Gonzáles Pérez “por mais rebaixado que esteja o homem, por maior que seja sua degradação, seguirá ele sendo pessoa com a dignidade que isto comporta”⁶⁸³⁻⁶⁸⁴. Destaque-se que pode alguém privar-se de sua liberdade física, sem violar sua dignidade, porém não pode privar-se-lhe de toda manifestação do exercício de sua liberdade sem degradar sua dignidade humana⁶⁸⁵.

Não só os indivíduos comuns, mas também àquelas pessoas que adquiriram, seja por seu sucesso profissional ou artístico, o *status* de notoriedade pública.

Quanto a essas pessoas é aconselhável abrir-se um parêntese.

Inegavelmente a relação entre o indivíduo notoriamente conhecido e a massa é conflitante. Conflitante porque quando o indivíduo não é conhecido ele faz de tudo para ser. Entretanto, quando alcança a notoriedade, ele deseja usufruir de privacidade e intimidade tal como nos tempos anteriores.

Apesar dessa natureza conflituosa por mais que o indivíduo alcance certa notoriedade ele não será despido de sua intimidade. Por certo o grau de usufruto de privacidade e de intimidade pela pessoa notoriamente conhecida é reduzido, entretanto não será aniquilado.

⁶⁸¹ BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de La personalidad. In **Manual de Derecho Constitucional**. 2 ed. Orgs.: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001. p. 125.

⁶⁸² Tais como os condenados criminalmente. Nesse sentido: GAITANO, Norberto González. **El deber de respeto** ..., p. 110.

⁶⁸³ PERES, Jesus Gonzalez. **La dignidad de la persona** ..., p. 25.

⁶⁸⁴ Não é a toa que a maioria dos ordenamentos jurídicos não admite que o indivíduo (condenado ou não) seja objeto de interrogatório na qual sejam usadas substâncias químicas tais como o “soro da verdade”.

Também vários ordenamentos expressamente protegem a intimidade do recluso. Nesse sentido na Espanha a Lei Orgânica Penitenciária I/1979 de 26 de setembro, regulamentada pelo Decreto Real 1201/1981 de 8 de março que contém disposições encaminhadas a proteger a vida privada e a intimidade do recluso: dormitórios individuais; registros e revistas com garantias e respeito a dignidade do recluso, respeito “ao máximo da intimidade” com determinadas restrições, etc.. (GAITANO, Norberto González. **El deber de respeto** ..., p. 109.)

⁶⁸⁵ GAITANO, Norberto González. **El deber de respeto** ..., p. 111.

Destarte, ao reconhecer-se a intimidade a todos os indivíduos independentemente de seu *status* está se reconhecendo a própria dignidade da pessoa humana. Ao se reconhecer a intimidade a todos se reconhece que nenhum ser humano pode ser tratado como mercadoria. Assim, os eventuais conflitos entre direitos de igual importância tornam-se um pouco menos dolorosos para se resolver. Se reconhece-se que antes da qualidade do indivíduo (ser notório ou não) está o sujeito (pessoa), deve-se reconhecer que a intimidade desses sujeitos também deve ser protegida. Nesse sentido, mesmo aqueles indivíduos que alcançam grande notoriedade na sociedade (artistas, desportistas, políticos, dentre outros) são titulares do direito à intimidade sem qualquer diferença para o cidadão “comum”. A limitação do direito à privacidade se refere mais à sua vida privada do que propriamente sua intimidade⁶⁸⁶.

4.5 AS DUAS FACES DA INTIMIDADE: A INTIMIDADE *SUBJETIVA* E A INTIMIDADE *INTER-RELACIONAL*

Dentro do conceito de intimidade podem-se encontrar duas espécies de intimidade, uma *subjetiva* e outra que se denominará como intimidade *inter-relacional*.

A intimidade *subjetiva* seria aquela que garante ao indivíduo a faculdade de dialogar consigo mesmo. Seria o verdadeiro “pensar com os meus botões”. É aquela intimidade que o homem desfruta sozinho sem que, necessariamente, esteja na companhia de alguém e sem que, igualmente, tenha que exprimir a sua opinião ou o seu sentimento⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ Nesse sentido já decidiu o Tribunal Constitucional Espanhol: ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença 99/2002 (STC 99/2002). Sala Primeira. Publicação BOE 20020605. BOE n. 134. Registro n. 403/1997. Acessível em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2002-0099 Capturado em 22.5.2009 às 19:52 hs.

⁶⁸⁷ Apesar de que como adverte Cristovão Tezza atualmente se vive o momento da “angústia da opinião”. Aquele momento em que todos são obrigados a opinar sobre tudo e, o que é pior: de forma transparente! Para o escritor paranaense “nossa opinião escancarada [tornou-se] parte indispensável de nossa personalidade” na sociedade atual. (TEZZA, Cristovão. A angústia da opinião. **Gazeta do Povo**. Curitiba, terça-feira, 16 de junho de 2009, Pontos de vista, p. 3.)

Seria aquela face da intimidade que o indivíduo reserva-se ao direito de não dividi-la com ninguém. É o momento do ensimesmamento, do isolamento, da mais pura reflexão. É o momento em que o indivíduo pode soltar todas as suas amarras e despir-se de todas as suas “máscaras”. É o período do refúgio e da fuga espiritual. O momento em que o “indivíduo recolhe-se em seu castelo (...) desce às profundezas de sua alma e sai em busca de seu ser.”⁶⁸⁸ É o desfrute daquele lúdico e importante momento que torna possível o exercício da “liberdade de amar, pensar, sorrir, chorar, rezar, enfim, a liberdade de viver a própria vida e morrer a própria morte”⁶⁸⁹, podendo ser considerado então “uma das liberdades fundamentais do corpo, da mente e do espírito.”⁶⁹⁰

Por outro lado a intimidade *inter-relacional*⁶⁹¹ pode ser vista como aquela intimidade desfrutada com outros. Aquela que é usufruída entre o sujeito e as pessoas de um grupo restrito. O momento íntimo que é dividido com aquelas pessoas com que o indivíduo reparte os mais estreitos laços de *afetividade* ou de *confiança*.

Como se sabe o ser humano é um ser comunicativo por excelência. Ele não consegue viver isoladamente, sem os outros. Ele vive *com* e *para* os outros. Daí porque se afirma com propriedade que o indivíduo não vive, ele *convive*. É na presença dos outros que o indivíduo consegue identificar os mais belos sentimentos (o amor, a amizade, a compreensão, o respeito, a dignidade). Dada essa peculiar característica pode se dizer que o ser humano é naturalmente compelido a estabelecer relações de afetividade que proporcionem o desenvolvimento de uma vida saudável. Com isso, a intimidade que de certa forma estava fechada para o mundo exterior vê-se aberta e contingenciada pela necessidade de convívio. Pelo convívio o indivíduo é conduzido então a uma entrega voluntária e sincera, que pode

⁶⁸⁸ COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só ...**, p. 11.

⁶⁸⁹ DOTTI, René Ariel. *In A liberdade e o direito a intimidade ...*, p. 132.

⁶⁹⁰ DOTTI, René Ariel. *In A liberdade e o direito a intimidade ...*, p. 132.

⁶⁹¹ O sentido da expressão “intimidade inter-relacional” é o de fruição da intimidade por pessoas de um mesmo grupo. A expressão inter-relacional foi escolhida por derivar-se do substantivo feminino “inter-relação” que segundo o Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa quer dizer: “Relação mútua entre coisas ou pessoas; correlação.” Verbetes acessíveis em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=inter-rela%E7%E3o>. Capturado em: 16.6.2009 às 13:45 hs.

ser mais ou menos profunda e que vai desde a simples amizade, até o laço conjugal, afetivo ou parental⁶⁹².

Esses momentos que podem ser duradouros ou não⁶⁹³ também são protegidos pela intimidade.

De fato, ao estabelecer tais relações o indivíduo abre mão de parte de sua individualidade. No entanto é de bom alvitre mencionar que ele não perde a sua intimidade. Ele mantém a sua intimidade subjetiva e agrega à essa uma nova forma de intimidade, a intimidade *inter-relacional*.

Assim, pode se afirmar que a intimidade do ser humano está dividida em duas espécies que representariam dois lados de uma mesma moeda: a face interna (subjetiva) voltada para o próprio indivíduo e a externa (inter-relacional) voltada para as relações inter-pessoais.

A intimidade inter-relacional deve ser protegida tal com a intimidade subjetiva uma vez que é ela que autoriza o indivíduo a experimentar os mais altos sentimentos humanos.

Dessa forma, ao estabelecer essas relações de afeto, o indivíduo *deposita confiança* na outra pessoa. Dada a confiança o indivíduo sente-se à vontade para despir-se de suas amarras e apresentar-se tal como realmente é, ou seja, com todos os seus defeitos e qualidades. Assim, tendo em vista que esse momento é um momento da sublime existência do indivíduo e, por tal motivo, de vital importância, ele merece ser protegido.

Destaque-se que a forma usual de experimentação da intimidade inter-relacional é a forma da intimidade nas relações familiares. Na mais ampla problemática da privacidade, assume um papel independente a tutela da intimidade da vida privada do grupo familiar, especialmente do núcleo convivente. A situação do indivíduo é complexa, comporta tanto direitos como deveres em relação aos componentes do núcleo familiar, uns e outros fundados na unidade e na solidariedade familiar e nas obrigações juridicamente relevantes nas especiais relações (de cônjuge, de filiação) reforçadas pela convivência. A tutela da intimidade

⁶⁹² DESANTES, José María. El derecho fundamental a la intimidad ..., p. 279.

⁶⁹³ A intimidade inter-relacional pode ser experimentada tanto naqueles laços afetivos duradouros (casamento, por exemplo) como também naqueles laços afetivos efêmeros (namoro, paquera, ou a linguagem coloquial e jovial no simples "ficar").

aí é ligada à pessoa não como tal, mas como componente do núcleo familiar. Cada um tem o direito, em relação aos parentes próximos, a que fatos e comportamentos de natureza existencial, relativos a ele e à sua família em sentido lato, não sejam divulgados ao externo. A intimidade da vida familiar é uma condição para o livre desenvolvimento da pessoa⁶⁹⁴.

A privacidade do grupo familiar em relação à ingerência de terceiros, sujeitos particulares e, ainda mais, públicos, apresenta-se como uma manifestação de respeito da mais qualificada e constitucionalmente privilegiada formação social, além da dignidade das pessoas que dela fazem parte. O interesse à privacidade pessoal e familiar em relação a terceiros pode se traduzir na atribuição ao indivíduo, de um lado, do poder de controlar o fluxo das informações próprias e de seu grupo familiar, que se exerce mediante direitos específicos como aquele de acesso; do outro, do direito de requerer que cesse a ilícita interferência atual ou potencial⁶⁹⁵.

Diferenciar essas duas espécies parece ser de grande utilidade na medida em que a partir da diferenciação se possibilita a proteção do indivíduo tanto contra ingerências externas, ingerências promovidas por pessoas ou entes sociais que não os participantes do grupo familiar, quanto contra ingerências internas, promovidas por integrantes do próprio grupo familiar, afetivo ou de confiança. Essa diferenciação autoriza que mesmo dentro do grupo familiar cada indivíduo possa manter um espaço próprio e reservado de sua intimidade. Exemplificando: caso não se diferenciasse a intimidade subjetiva da inter-relacional e se afirmasse que o direito à intimidade é uno encontrar-se-ia grande dificuldade em justificar a possibilidade de que o cônjuge, o filho, o sobrinho, etc., mantenham informações ou dados que não desejem seja compartilhado com seus próprios familiares. A não diferenciação faria com que o pai não pudesse esconder de seu filho uma doença incurável; que o cônjuge não pudesse guardar para si um diário íntimo; que o filho não pudesse esconder uma relação afetiva de seu pai pelo tempo que desejasse. Ao diferenciarem-se essas duas espécies os espaços íntimos podem ser perfeitamente delimitados e a proteção efetivamente realizada.

⁶⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional ..., pp. 850-851.

⁶⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional ..., p. 850.

Dividir a intimidade nessas duas espécies também parece ser adequado na medida em que a divisão auxilia na proteção do núcleo essencial do direito à intimidade.

Nesse sentido pode se falar que a intimidade subjetiva representaria o núcleo essencial ou o mínimo existencial relacionado ao direito fundamental à intimidade, o que, por consequência, autorizaria a afirmação de que mesmo no conflito com outros direitos, ele deve prevalecer. Já na intimidade inter-relacional por se comunicar externamente pode ceder ante a outros direitos fundamentais.

Nessa quadra de considerações, quando o interesse jurídico ofendido for o do grupo familiar recorrer-se-á a proteção da intimidade inter-relacional. Quando o interesse jurídico ofendido for o do indivíduo singular recorrer-se-á a proteção da intimidade subjetiva.

4.6 O LOCAL DE FRUIÇÃO DA INTIMIDADE

Naturalmente tende a se conectar o espaço de fruição da intimidade com a residência do indivíduo⁶⁹⁶⁻⁶⁹⁷. Entretanto, a residência é só um dos espaços em que se faz possível a fruição da intimidade. Além dela existem vários outros.

⁶⁹⁶ A residência do indivíduo é o espaço por excelência em que o mesmo frui a intimidade. Não é a toa que várias normas legais protegem esse espaço contra a indiscrição.

⁶⁹⁷ A justiça espanhola julgou como intromissiva e, portanto, ofensiva ao direito à intimidade, a publicação de fotos de pessoa que estava infartando no interior de sua residência. Para os julgadores por mais que a reportagem jornalística pudesse ter cunho informativo não dispensava a autorização da vítima ou de seus familiares para que a imagem daquele momento íntimo fosse utilizado. O julgamento em referência é o seguinte: ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala Civil. Recurso n. 1629/2002. Resolução n. 1079/2008. Id Cendoj: 28079110012008101029.

Eis a ementa do julgado:

A intimidade pode ser exercida e usufruída em qualquer lugar⁶⁹⁸ (desde que é claro observem-se os padrões culturais do local do usufruto nos casos da intimidade corporal e sexual).

Nesse sentido ela pode ser usufruída exemplificadamente na rua, no interior de um automóvel⁶⁹⁹, em hotéis, motéis, loft's, spa's, clínicas médicas, restaurantes e, até mesmo, quando a pessoa se confunde – mas não participe – com a multidão⁷⁰⁰. Ainda, por mais estranho que possa parecer a intimidade pode ser usufruída até virtualmente⁷⁰¹.

Ou seja, não é o critério espacial que define o que é íntimo, o que é privado e o que é público, mas sim o interesse envolvido.

4.7 O FATO ANTIJURÍDICO: INTROMISSÃO OU DIVULGAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE FATOS ÍNTIMOS

“Demanda de protección del derecho a la intimidad personal y familiar y la propia imagen de una persona, cuya fotografía apareció en un reportaje periodístico en el momento en que era atendido por los servicios sanitarios de urgencia desplazados a su domicilio tras sufrir un infarto, sin que dicha persona autorizase la referida publicación. Estimación de la demanda en ambas instancias. La publicación in consentida de la imagen de una persona, en el interior de su hogar, en un estado de enfermedad, atenta a los derechos a la intimidad y a la imagen. La fotografía no era necesaria ni era esencial para el reportaje. En todo caso, ha sido obtenida ilícitamente y se publicó sin el consentimiento de la parte actora. No se halla tampoco en ninguno de los casos que contempla el artículo 8.2 de la L.O. 1/1982, y que excluyen la protección del derecho a la imagen. En este caso, la captación y difusión de imagen, de carácter estrictamente privado, tras la debida ponderación, no queda amparada por la libertad de información. Además, no se trata de una imagen accesoria de una información gráfica, sino de la imagen que, como principal, acompaña a un reportaje escrito. La imagen accesoria es aquella que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria e intrascendente, no como imagen principal.”

⁶⁹⁸ Como relembra Paulo Mota Pinto lugares públicos podem abrigar acontecimentos da vida privada e vice-versa. Assim, locais privados como automóveis, ou públicos como uma cabine telefônica ou um café, podem abrigar momentos da vida privada da pessoa. (MOTA PINTO, Paulo. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada ..., p. 528.)

⁶⁹⁹ A justiça espanhola julgou como intromissiva e, portanto, ofensiva ao direito à intimidade, a publicação de fotos de conhecida atriz madrilenha na companhia de um indivíduo também notoriamente conhecido naquele país, quando os dois, no interior de um veículo, aparentemente mantinham relação sexual. O julgamento em comento é o seguinte: ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala Civil. Recurso n. 1739/2006. Resolução n. 1100/2008. Id Cendoj: 28079110012008101053.

⁷⁰⁰ DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade ..., p. 130.

⁷⁰¹ Relembre-se que o avanço tecnológico proporciona que o indivíduo possa “conectar-se” com uma pessoa a milhares de quilômetros de distância. Dessa forma a tecnologia permite que o indivíduo casado que resida no Brasil e que se encontre à trabalho na França possa, por meio da internet, estabelecer contato com o seu cônjuge e, assim, trocar confidências, expor suas angústias e aflições, revelar, enfim, seus mais profundos e elementares sentimentos por meio da internet, um meio virtual.

O fato antijurídico, ofensivo, portanto, da intimidade, se revela pela intromissão (invasão) desta ou pela divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada⁷⁰².

A intromissão pode ser entendida como aquela ação de terceiro que invade a intimidade do indivíduo ou de um grupo determinado de pessoas⁷⁰³. Ela pode se dar por várias formas. Pela penetração no retraimento da solidão da pessoa, incluindo-se no caso o espreitá-la, pelo seguimento, pela espionagem ou pelo chamamento constante ao telefone. Pela gravação de conversas e tomadas de cenas fotográficas e cinematográficas das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral. Pela audição de conversações privadas por interferências mecânicas de telefone, microfilmes dissimulados deliberadamente. Pela utilização em publicações, ou em outros meios de informação, de fotografias ou gravações obtidas sub-repticiamente nas formas precedentes. Pela invasão e subtração de dados armazenados nas memórias de computadores pessoais.

A divulgação não autorizada é aquela em que o indivíduo não se intromete na intimidade do indivíduo pois desfruta de sua intimidade mas traindo o laço de confiança ou de afetividade criado com o mesmo, divulga, sem a sua autorização, fato ou dado íntimo que não lhe pertence. Aqui, apesar de não haver fraude ou captação irregular do conteúdo, há ofensa à intimidade do ofendido uma vez que os dados ou fatos foram conhecidos mediante a estreita relação de confiança estabelecida entre a vítima e o ofensor.

4.8 A NECESSIDADE DE SE DEFENDER DE FORMA AGUERRIDA À INTIMIDADE. EVENTUAL CONFLITO QUE DEVE PRIVILEGIAR, TANTO QUANDO POSSÍVEL, UMA SOLUÇÃO *PRO HOMINE* E *PRO LIBERTATIS*

Na perspectiva do que vem se defendendo parece adequado propugnar uma defesa cada vez mais forte e intransigente da intimidade do indivíduo. Isso se faz necessário porque a pessoa está cada vez mais suscetível de sofrer ofensas à sua

⁷⁰² COSTA JR., Paulo José. **O direito de estar só** ..., p. 27.

⁷⁰³ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos** ..., p. 493.

intimidade seja pelo desenvolvimento tecnológico, seja pelo sistema econômico, seja pelas vicissitudes da natureza humana.

Assim, parece adequado reforçar a tutela da intimidade procurando sempre proteger a dignidade da pessoa humana e, quando possível, antes da ofensa.

Assim, apesar de se ter pleno conhecimento de que nenhum direito fundamental prevalece *a priori* sobre outro direito fundamental convém destacar que a defesa do direito fundamental à intimidade merece, quando possível, atuação de destaque e privilegiada.

Ao se entender que a intimidade é um dos mais importantes e privilegiados caracteres da personalidade humana, que é ela que autoriza o indivíduo escapar das forças acachapantes da sociedade e desfrutar de um momento de tranquilidade no qual o indivíduo forja sua personalidade, que ela representa uma parte da existência do indivíduo naturalmente não comunicável, reservada, e que, por tal motivo não influencia o comportamento dos demais, parece adequado deferir-lhe uma proteção privilegiada.

Para Santos Cifuentes não se pode negar a importância que os direitos pessoais assumem nos tempos atuais. Para o autor argentino eles se apresentam de um lado, como o meio eficaz da defesa da pessoa em seu aspecto individual, tutelando a sua dignidade e liberdade. Nesse sentido se se apresentar um conflito entre a vida, a saúde, a imagem, a honra ou intimidade, com algum outro bem de origem patrimonial ou contratual, se descartará a prevalência destes sobre aqueles, pois, ao ter que decidir este conflito, não se discute hoje a necessidade primária de preservar os bens personalíssimos. O mesmo pode dizer-se da contraposição frente a qualquer outro direito, pois os personalíssimos são essenciais e constituem o mínimo indispensável para a pessoa e sua consideração humana. Segundo Santos Cifuentes de nada valeria preocupar-se em assegurar todos os demais direitos (creditícios-obrigacionais; de família; pessoais; reais ou intelectuais), se não se antepusesse o respeito à vida, o corpo ou o espírito e suas manifestações, uma vez que estes são bens que se unem inconfundivelmente com a pessoa, que é o sujeito dos demais direitos⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ CIFUENTES, Santos. **Elementos** ..., pp. 47-48.

Assim, seja para o caso de conflitos, seja para o caso de análise de restrições sempre deverão ser observadas preferencialmente as regras atinentes aos princípios de interpretação *pro homine* e *pro libertatis*⁷⁰⁵.

Nas palavras de Lamartine Corrêa e Francisco Muniz:

No que tange ao Judiciário, a exigência de magistrados realmente independentes para a realização autônoma do Direito radica na fundamental missão do juiz na concreta realização histórica do Direito. O juiz, em sua tarefa de dizer o Direito, deve ser capaz de dizê-lo, se necessário, em contradição com as próprias razões de Estado, na defesa da pessoa. Ele há de ser um servidor do homem muito mais que um servidor do Estado. Ao interpretar e aplicar o Direito, o juiz procurará realizar, no caso concreto, a intenção fundamental do Direito: a de tornar a vida humana, em todas as suas dimensões mais capaz de realizar as finalidades do ser humano e da sociedade humana. O juiz em face dos direitos do homem, não pode ser neutro.⁷⁰⁶

Destaque-se que tribunais como o Tribunal Supremo da Espanha já adotam o entendimento de que o direito à intimidade goza em geral de uma prevalência *a priori*⁷⁰⁷ nos casos de conflito com o direito fundamental à informação.

Apresentado o regime jurídico do direito fundamental à intimidade na perspectiva do presente trabalho passa-se nessa fase final do trabalho a abordar alguns casos práticos envolvendo esse tão importante interesse jurídico.

⁷⁰⁵ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos** ..., p. 468.

⁷⁰⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade ..., pp.19-20.

⁷⁰⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença n. 197/1991. Sala Segunda. BOE n. 274. Acessível em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1991-0197. Capturado em 22.5.2009 às 20:25 hs.

Eis parte da ementa do julgado em comento que bem demonstra o afirmado:

“1. Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que, en la confrontación de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor, «*aquella goza, en general, de una posición preferente*» y que «para indagar si en un caso concreto el derecho de información debe prevalecer será preciso y necesario constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información, ya sea por el carácter público de la persona a que se refiere, o por el hecho en sí en el que esa persona se haya visto involucrada, y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidas en esa afirmación», de manera que el valor preferente de la libertad de información no puede configurarse como absoluto.
2. El criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es por ello la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que, siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa.
3. El derecho a la intimidad personal del art. 18 C.E. está estrictamente vinculado a la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 C.E., e implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás».

5 ALGUMAS HIPÓTESES QUE ENVOLVEM O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE

Após a apresentação de todos os caracteres relacionados ao direito fundamental à intimidade parece interessante nessa parte final do trabalho tentar colocar a teoria à prova a fim de verificar se todo o raciocínio até aqui desenvolvido está minimamente adequado.

Acredita-se que um bom método para atingir esse objetivo é o da aplicação da teoria em casos concretos.

Adverta-se de antemão que as soluções a seguir indicadas são aquelas que o autor entende como sendo “as mais corretas”⁷⁰⁸ com base no atual contexto sócio-cultural brasileiro, motivo pelo qual não excluem outras respostas igualmente corretas existentes.

Dessa forma, escolheram-se duas situações-problema que envolvem o direito fundamental à intimidade. A primeira delas seria a intromissão e divulgação de dados íntimos de duas pessoas notoriamente conhecidas.

5.1 A INTROMISSÃO E DIVULGAÇÃO DE DIÁLOGO ÍNTIMO TRAVADO EM LOCAL RESERVADO DO LOCAL DE TRABALHO DE DUAS PESSOAS NOTORIAMENTE CONHECIDAS

⁷⁰⁸ Relembre-se que Hans Kelsen em **Teoria pura do Direito** ensina que existem várias normas jurídicas individuais que podem ser criadas sob a base de um mesmo problema, ou seja, um mesmo problema pode apresentar várias soluções corretas. Cabe dessa forma ao Poder Judiciário escolher então uma, dentre as várias soluções corretas, para resolver definitivamente a lide. Para Kelsen:

“Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” (*in Teoria pura do Direito*. Trad.: João Baptista Machado. 7 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 390-391) (grifos em itálico constantes do original)

Um campo fértil para conflitos envolvendo o direito fundamental à intimidade está relacionado a divulgação de informações relacionadas às pessoas notoriamente conhecidas. Alguns dos casos envolvendo pessoas desse *status* de conhecimento chegam ao Poder Judiciário, outros não. Daqueles que são submetidos ao crivo do Poder Judiciário nem sempre se vê o deferimento da tutela jurídica adequada e isso se deve, não raramente, à dificuldade do julgador em conseguir perfeitamente qualificar qual direito está em jogo, se a intimidade ou a vida privada. Também porque, em algumas oportunidades, os julgadores entendem que a pessoa notoriamente conhecida por estar em local público (ou mesmo privado que não seja sua residência), fica sujeita a uma maior exposição despidendo-se, de certa maneira, de sua privacidade e intimidade. Por entender que estas não seriam as respostas mais adequadas do ponto de vista da defesa da intimidade em uma perspectiva civil-constitucional, crê-se interessante formular um hipotético exemplo de situação envolvendo duas pessoas notoriamente conhecidas, indicando-se, ao mesmo tempo, qual seria a resposta mais adequada a esse caso hipotético. Dê-se então o exemplo.

Imagine-se que determinado casal de jornalistas, nacionalmente conhecidos dada sua exposição em telejornal da maior emissora de televisão do país, está na redação daquela emissora (portanto em um local privado), no qual circulam dezenas de pessoas, preparando-se para mais um dia normal de trabalho. Os dois dirigem-se a seu camarim afim de vestir sua indumentária de trabalho e se maquiar e, ali, passam a travar forte discussão relacionada a suspeita de traição por um dos cônjuges. Essa discussão, naturalmente, acirra os ânimos dos envolvidos, provocando uma calorosa discussão.

Colega de trabalho da mesma emissora, destacado em departamento de entretenimento, vê a porta do camarim entreaberta, escuta toda a discussão, grava a mesma e pede a permissão ao diretor de seu setor, para veicular a matéria sobre o incidente.

A matéria vai ao ar repercutindo naturalmente de forma intensa e negativa na vida dos envolvidos.

Nessa hipótese, haveria ilegalidade na conduta do colega de emissora que ouviu, presenciou e, gravou, a conversa do casal, noticiando àquele fato? Sim ou

não? Em caso positivo, qual seria o interesse juridicamente violado: a vida privada ou a intimidade dos envolvidos?

A resposta a essas duas perguntas já pode ser adiantada: há ilicitude sim na conduta do ouvinte sendo que o mesmo poderá, em tese, responder pela divulgação indevida do fato sendo que o interesse juridicamente protegido ofendido, nesse caso, seria o direito fundamental à intimidade do casal na sua vertente inter-relacional.

Explique-se e apresentem-se os motivos que amparam essa resposta.

Apesar dos dois jornalistas serem pessoas notoriamente conhecidas e, por tal motivo, inegavelmente despertar em o interesse e a curiosidade do público por seu modo de viver, isso não quer dizer que os mesmos devam ser públicos e baldios, ou seja, que todas as suas ações devam ser públicas ou publicáveis. Em outras palavras, o alcance da notoriedade não implica dizer que os mesmos não sejam detentores de informações que pertençam a si só e a ninguém mais e que só devam ser publicadas mediante o seu consentimento.

Nesse sentido, por mais conhecidos que sejam os dois jornalistas os mesmos detém o direito à proteção tanto de sua intimidade quanto de sua vida privada.

No presente caso, apesar de aquele casal estar em um local diverso de sua residência (o local de seu trabalho) eles ainda detém o direito a não ver sua intimidade indevidamente revelada, isso porque a intimidade pode ser fruída e usufruída em qualquer local.

Para se saber se se está diante de uma ofensa ao direito fundamental à intimidade ou à vida privada dos envolvidos faz-se necessário analisar o conteúdo material da informação divulgada.

Nesse caso a informação indevidamente captada e, irregularmente divulgada, está relacionada a quebra do dever de fidelidade (traição) de um dos cônjuges.

Para que se saiba se essa informação enquadra-se no âmbito de proteção da intimidade ou da vida privada podem se fazer três questionamentos básicos os quais, ao final respondidos, revelariam qual teria sido o interesse jurídico ofendido. As perguntas seriam: i) a informação pertence *exclusivamente* a quem? ii) essa informação é imprescindível para que o casal conviva em sociedade; em outras palavras: ela necessita ser divulgada *externamente* para que o casal possa desenvolver sua vida social e comunitária? iii) a informação repercutirá intensamente

na sociedade a ponto de necessitar ser divulgada (é uma informação relevante) ou só diz respeito aos envolvidos?

A primeira pergunta é facilmente respondida: a informação sobre a suposta traição pertence *exclusivamente* ao casal e a ninguém mais (a não ser é claro, ao terceiro que participou da infidelidade).

A segunda pergunta indica que o ato de trair não é um ato imprescindível para a convivência em sociedade (muito pelo contrário, ele é um ato prescindível).

Já o terceiro e último questionamento indica que o ato só repercute intensamente na vida do casal e, em seu seio familiar, não influenciando (positiva ou negativamente) o âmbito social ou coletivo.

Assim: se i) a informação pertence única e *exclusivamente* ao casal; ii) se não faz parte do conjunto de dados imprescindíveis para convivência em sociedade; e iii) só repercute na vida do casal e no seu âmbito familiar, não há maior dificuldade em qualificá-la como uma informação que se insere dentro do âmbito da *intimidade* dos envolvidos e, não, de sua vida privada.

Nesse contexto, haveria então ofensa ao *direito fundamental à intimidade* do casal. A ofensa seria à intimidade em sua perspectiva tanto subjetiva (individual) quanto inter-relacional (ao grupo afetivo família).

O ato ilícito e, portanto, reprovável seria tanto a *intromissão* em assuntos íntimos do casal, quanto a divulgação não autorizada de dados subrepticiamente obtidos.

Como houve a divulgação do fato e, dele, decorreram possíveis danos à intimidade dos envolvidos, seria possível em tese o ajuizamento de pedido de indenização por danos morais e, eventualmente, materiais (se a ofensa repercutisse negativamente na carreira dos ofendidos).

Nesse caso não socorreria o ofensor a possível defesa no sentido de que a divulgação da informação estaria autorizada pelo fato de que os envolvidos seriam pessoas notoriamente conhecidas e o fato verdadeiro.

O primeiro argumento seria afastado pelo fato de que qualquer pessoa está sob o âmbito de proteção da intimidade, inclusive as pessoas notoriamente conhecidas. A pessoa notoriamente conhecida vê reduzido em grande parte o espaço de sua *vida privada*, uma vez que a atividade por si desenvolvida gera grande exposição e, essa exposição rende-lhe frutos. No entanto, isso não quer

dizer que a sua intimidade sofre o mesmo processo corrosivo. A intimidade da pessoa notoriamente conhecida permanece de certa forma inabalada⁷⁰⁹ uma vez que os fatos relacionados àquela esfera da vida do indivíduo não estão relacionados ao desempenho da atividade que o impulsionou ao conhecimento e, muito menos, guardam relevância pública a ponto de autorizar sua divulgação.

Já a veracidade da informação também não socorreria o autor do dano como excludente de sua resposta uma vez que por mais que a mesma fosse verdadeira ela não trazia consigo qualquer aspecto relevante do ponto de vista social que autorizasse a divulgação da mesma. Não havia ali o necessário requisito do interesse público. Destaque-se: interesse público e, não, interesse *do* público⁷¹⁰.

Nunca é demais ressaltar que o que opinião pública precisa é de informação para sua formação e não de mexericos, fofocas, os quais mais representam o absoluto desprezo e o desrespeito à intimidade dos indivíduos. A divulgação de informações dessa natureza em nada contribuem com a louvável intenção de incitar à participação cidadã na vida coletiva, senão tem a pura finalidade comercial, de sobrealimentar, independentemente de quem seja, os lucros empresariais. Limitar essa tendência parece representar não uma tendência de silenciar os meios de comunicação, mas sim, de cobrar a consciência dos diretores e trabalhadores desse importante meio de comunicação de que nem sempre se pode publicar tudo aquilo que lhe foi informado e que nem sempre podem romper-se os limites da intimidade das pessoas.

Nesses termos, analisando o caso sob os aspectos acima alinhavados poderia se chegar à conclusão de que a divulgação do conteúdo da conversa entre àquelas duas pessoas notoriamente conhecidas representaria verdadeiro ato ilícito, passível, portanto, de repreensão judicial por ofensa ao direito fundamental à intimidade.

⁷⁰⁹ Daí porque se advertiu no capítulo “2” desse trabalho ser extremamente importante diferenciar intimidade de vida privada.

⁷¹⁰ Relembre-se que há uma importante diferença entre interesse público e interesse *do* público. O interesse público da informação: liga-se a utilidade pública da informação para a sociedade. Já o interesse *do* público está ligado muito mais a simples curiosidade do público em saber da vida privada de seus ídolos, das mazelas das pessoas famosas ou de aspectos pitorescos de terceiros, o que não autoriza a intromissão na intimidade e na vida privada da pessoa notoriamente conhecida.

5.2 A DIVULGAÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS DE CASAL

O ser humano naturalmente aspira viver em grupo. Existem grupos formados por laços sanguíneos, por interesses comerciais, por laços afetivos.

Visando constituir família, ou só com a intenção de experimentar novas experiências, jovens e adultos estabelecem os mais diversos relacionamentos afetivos.

Para os que se dedicam ao estudo das relações humanas a função do namoro é permitir que os candidatos ao casamento se observem e se conheçam melhor. Nesse período de observação, desfazem-se as ilusões do “amor à primeira vista” e verifica-se se, a atração e a simpatia inicialmente experimentadas pelos enamorados, correspondem realmente à realidade. Esse período de conhecimento serve para que o casal reflita sobre a capacidade de passar uma vida inteira juntos, pois uma coisa é desfrutar de alguns poucos bons momentos e, outra, bem diferente, a do enfrentamento de decepções que fazem parte indissociável de toda uma vida matrimonial⁷¹¹.

Nessa fase do relacionamento, o casal se conhece. Trocam informações sobre preferências pessoais, relações familiares, hábitos, enfim, sobre todos os dados das suas personalidades visando, com isso, encontrar semelhanças que favoreçam o pretenso relacionamento.

A troca de informações aumenta, o conhecimento se aprofunda e, com isso, a confiança se estabelece.

Com a confiança, aquelas duas pessoas que antes sequer se conheciam passam a desfrutar de momentos de cumplicidade e intimidade.

Após o momento de desfrute da intimidade afetiva, o casal avança mais e passa a desfrutar momentos de intimidade sexual. Na intimidade sexual os pares afrouxam as próprias amarras entregando-se de corpo e alma ao companheiro. Assim o fazem porque confiam no parceiro.

Acontece que muitos casais nesse momento de ímpar cumplicidade resolvem filmar (ou fotografar) o ápice de sua intimidade, o ato sexual.

⁷¹¹ WEIL, Pierre. **Relações humanas na família e no trabalho**. 48 ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 178.

Aquela imagem então que até então somente ficava guardada na memória dos companheiros, passa a ser imortalizada na memória da máquina fotográfica pelo processo de gravação digital.

Apesar de arquivada em meio digital, a captação das imagens não ocasiona quaisquer transtornos aos companheiros, uma vez que o material fica circunscrito ao seu círculo de relacionamento, não sendo divulgado a terceiros.

Entretanto aquilo que não é esperado e, tampouco, desejado por qualquer casal, acontece: o rompimento.

Não é preciso mencionar o quão traumático em muitos casos é o rompimento do relacionamento. Para Rodrigo da Cunha Pereira o rompimento de uma relação é “um dos mais sofridos e traumáticos ritos de passagem”⁷¹² da vida humana. Com a ruptura, muitos sonhos se desfazem e sentimentos incrivelmente nefastos são experimentados.

Em não raras vezes, a relação que inicialmente era de amor, se transforma em puro ódio. Com isso, o culpado deverá ser castigado. Deverá pagar pelo rompimento, como se fosse possível que uma relação amorosa estivesse submetida a esse jogo do pecado original, da idéia de crime e castigo⁷¹³.

Devido a quebra da expectativa de complementação das necessidades de afeto, amor, convivência, conforto material, aliado a idéia de rejeição, abandono, angústia e sofrimento, muitos ex-companheiros resolvem se vingar.

A forma de vingança escolhida por alguns infelizmente é rasteira, dura e cruel⁷¹⁴. Os companheiros aproveitam-se de imagens captadas por meio de

⁷¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Separação e rituais de passagem. In **Direito de família e psicanálise** – rumo a uma nova epistemologia. Orgs.: Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 362.

⁷¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In **Direito de família** – vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 335.

⁷¹⁴ Os jornais semana sim, semana não, apresentam casos de pessoas que uma vez desfeito o relacionamento, procuram se vingar de seus ex-companheiros divulgando imagens íntimas. Segundo notícia do portal “Folha On-Line”, na Cidade de Maringá, a colunista social Rose Leonel, 36, vai ao menos uma vez por mês à Delegacia de Defesa da Mulher de Maringá (PR) para denunciar o ex-amorado. Ela o acusa de distribuir fotos íntimas do casal pela internet e de usar a imagem dela em fotomontagens eróticas.

filmadoras caseiras ou máquinas digitais, muitas vezes sem que a vítima sequer tenha tido conhecimento da existência daquele equipamento e passam a divulgá-las em diversos meios eletrônicos (e-mail, Youtube ou Orkut⁷¹⁵).

Os efeitos são bombásticos! Primeiramente o choque da vítima que passa a receber mensagens por correio eletrônico de familiares e amigos, chocados com as imagens, questionando a veracidade das mesmas. Não fosse isso, a repreensão velada de colegas de trabalho, escola ou faculdade, os quais, pela ausência de intimidade com a vítima, não chegam a repreender-lhe pessoalmente, mas passam a fazer comentários acerca de sua personalidade. Igualmente, o desgosto da vítima em visualizar imagens suas “adornando” comunidades de sites de relacionamentos, cujos textos são os mais jocosos possíveis.

Alguns ofensores chegam ao ápice do sadismo passando a inserir fotos e dados da vítima em sites relacionados à prostituição (chamados de “classificados eróticos”), fornecendo os telefones residenciais da vítima, de seu trabalho, ou de familiares para contato, pelo que tais pessoas passam a receber ligações dos mais diversos lugares à procura da prestação de “serviços” sexuais.

O ex-namorado é o empresário Eduardo Gonçalves da Silva, diretor do shopping Avenida Center, em Maringá. O advogado de Silva nega as acusações. "Ele não se reconhece em nenhuma das fotos", afirma. Segundo a colunista, o ex distribui novas séries de fotos e de montagens periodicamente, a milhares de e-mails e sites de pornografia. Nas fotos há telefones do celular e da casa de Rose. "Sei que errei por ter me entregado e sido ingênua. Mas o que ele faz é desumano, e o que mais dói não é a exposição, mas a traição do amor que senti."

No e-mail ao qual a **Folha Online** teve acesso, as fotos retratam relações sexuais, mas a imagem do parceiro de Rose é preservada. Em parte das imagens, que incluem relações homossexuais, os envolvidos tiveram os rostos borrados, para impedir a identificação.

O relacionamento entre Rose e o empresário durou três anos e meio. Em setembro de 2005, ela diz ter terminado o relacionamento. "Ele disse que, como ele tem dinheiro, ele acabaria facilmente comigo e me faria perder o emprego e minha vida. Fui ameaçada de morte."

Como tinha a senha de acesso ao e-mail pessoal do ex-namorado, Rose passou a monitorar as mensagens. "Descobri toda a negociação dele com um técnico de informática." Nos textos, ainda segundo Rose, o empresário solicitava ao técnico um endereço para acomodar 400 fotografias. Os dois teriam acertado o preço --R\$ 1.000-- e o prazo para entrega." Acessível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u123646.shtml>. Capturado em 12.12.2007 às 13:46 hs.

⁷¹⁵ A jurisprudência mineira traz caso de jovem que após o término de relacionamento resolveu criar página eletrônica em “homenagem” a sua ex-namorada dando a respectiva página o título de “A safada da PUC”.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0027.03.000109-6/001.18ª Câmara Cível. Relator Des. D. Viçoso Rodrigues.

Acessível em: http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=27&ano=3&txt_processo=109&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=da%20moral%20namorado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical Capturado em 13.12.2007 às 16:45 hs.

E daí pode se perguntar: no caso da divulgação da imagem lícitamente adquirida, haveria alguma ilicitude na conduta do indivíduo que a divulgasse à revelia do outro consorte? Em caso de entender-se positivamente: qual seria o interesse juridicamente protegido ofendido, a intimidade ou a vida privada da vítima⁷¹⁶?

Passe-se a resposta.

Primeiramente, mister se faz verificar qual é o interesse juridicamente protegido no caso presente: a intimidade ou a vida privada. Para que se saiba se a divulgação não autorizada daquele dado se enquadra no âmbito de proteção da intimidade ou da vida privada dos envolvidos podem se fazer três questionamentos básicos os quais, ao final respondidos, revelariam qual teria sido o interesse jurídico ofendido. As perguntas seriam: i) a informação pertence *exclusivamente* a quem? ii) essa informação merece ser comunicada a terceiro para que os seus titulares convivam em sociedade; em outras palavras: ela necessita ser divulgada *externamente* para que os seus titulares possam desenvolver sua vida social e comunitária? iii) a informação repercutirá intensamente na sociedade a ponto de necessitar ser divulgada (é uma informação relevante) ou só diz respeito aos envolvidos?

A primeira pergunta é facilmente respondida: o dado revelado é referente ao comportamento sexual, ao pudor e a imagem da vítima, pertencendo a cada um dos envolvidos individualmente e a ninguém mais.

A segunda pergunta indica que o relacionamento sexual é um ato que só diz respeito aos indivíduos que participam daquele momento e não é imprescindível para que os envolvidos convivam em sociedade.

Já o terceiro e último questionamento indica que o ato só repercute intensamente na vida dos envolvidos não influenciando positiva ou negativamente no âmbito social ou coletivo.

Assim: se i) a informação pertence única e *exclusivamente* aos envolvidos no ato sexual casal; ii) se não faz parte do conjunto de dados imprescindíveis para convivência em sociedade; e iii) só repercute na vida dos envolvidos, não há maior

⁷¹⁶ Nada obstante esse fato pudesse em tese originar a ofensa à diversos direitos do ofendido (imagem, honra, intimidade e vida privada), dado o fato de que o objeto da pesquisa desse trabalho é o direito fundamental à intimidade e o mesmo por vezes se confunde com o direito à vida privada, analisar-se-á e se dará a resposta com relação exclusivamente a estes dois bens jurídicos.

difficuldade em qualificá-la como uma informação que se insere dentro do âmbito da *intimidade* dos envolvidos e, não, de sua vida privada.

Nesse contexto, haveria então ofensa ao *direito fundamental à intimidade* daquela vítima que participou do ato, mas não deu sua autorização para gravação ou divulgação da sua imagem e intimidade.

A intimidade aqui ofendida e protegida seria a intimidade denominada no presente trabalho como *subjetiva*, ou seja a intimidade singular, individual e não a inter-relacional. Só seria inter-relacional se a ofensa partisse de terceiro estranho à relação.

O ato reprovável e, portanto, ilícito seria não a *intromissão* na intimidade da vítima, uma vez que o ato sexual foi consentido, mas sim a divulgação não autorizada de dados relativos à sua intimidade.

Como houve a divulgação do fato e, dele, decorreram possíveis danos à intimidade da vítima seria possível o ajuizamento de pedido de indenização por danos morais e, eventualmente, materiais (se a ofensa repercutisse negativamente na vida da vítima).

Destaque-se que muitas dessas atitudes vêm sendo declaradas como ilícitas pela jurisprudência brasileira mas, na maioria dos casos, se declara a ilegalidade da conduta não pela ofensa à intimidade, mas sim pela ofensa à imagem ou à honra da vítima⁷¹⁷⁻⁷¹⁸⁻⁷¹⁹.

⁷¹⁷ A jurisprudência do Rio de Janeiro fornece exemplo de ação indenizatória distribuída por jovem do sexo feminino e por sua mãe contra o ex-namorado dessa e um amigo. O relato da jovem foi o de que, em meados de 2004, havia mantido relação sexual com o ex-namorado, sendo que um amigo deste havia filmado o ato. Posteriormente, o amigo do ex-namorado editou o filme enviando para o ex-namorado por e-mail, além de divulgá-lo no site de relacionamentos da internet Orkut. Segundo a autora da ação, após uma semana da veiculação do vídeo, esta teve conhecimento do teor do mesmo devido aos comentários maliciosos de colegas de suas escola. A justiça fluminense, em 1º Grau, acolheu a pretensão da vítima condenando os réus ao pagamento de R\$ 70.000,00 pelos danos morais sofridos. Em sede de apelação a decisão foi parcialmente reformada para o único intuito de aumentar o valor da indenização para o valor de R\$ 76.000,00 em favor da vítima e R\$ 50.000,00 para a mãe da vítima, totalizando a quantia então em R\$ 126.000,00. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2007.001.38536. 4ª Câmara Cível. Relator Desembargador Fernando Fernandy Fernandes.)

Destaque-se que não só a divulgação das imagens pode ser considerada como uma ofensa ao direito fundamental à intimidade, mas também a própria posse de material contendo cenas íntimas após o fim do relacionamento. Justifica-se esse posicionamento porque após o fim do relacionamento é natural que os ex-companheiros não desejem mais que imagens dessa natureza fiquem em posse de outras pessoas uma vez que as mesmas poderão ser indevidamente utilizadas. Nesses casos, não parece ser nenhuma demasia afirmar que a simples ameaça à divulgação de imagens com tal conteúdo merece ser proibida para que a intimidade do envolvido não seja violada. Num caso como esse, ao que parece, a resposta mais adequada seria a de privilegiar e proteger o direito à intimidade por meio da apreensão do conteúdo da memória do computador e desautorização da divulgação de imagens por quaisquer das partes uma vez que o só fato das imagens estarem armazenadas no computador já se mostram nocivas ao direito à intimidade. Não será a divulgação da imagem que ofenderá a intimidade. A só armazenagem já se mostra ofensiva. Sim porque o fato de imagens daquele jaez estarem em poder de terceiros põe o titular do direito à intimidade em situação de desvantagem, suprimindo-lhe a sua autonomia. Assim, sopesando as circunstâncias, parece que a solução mais adequada nesse caso concreto seria a apreensão da máquina, a retirada ou apagamento das fotos do disco rígido do computador e, igualmente, a

⁷¹⁸ Na jurisprudência do Rio Grande do Sul encontra-se caso de jovem que, revoltado com o fim de namoro, criou comunidade na rede de relacionamentos denominada Orkut descrevendo as supostas “qualidades” sexuais de sua ex-namorada, postando, no mesmo local, várias fotos da ex-namorada nua. O Poder Judiciário daquele Estado, após analisar o conjunto probatório, acolheu o pedido de dano moral formulado pela jovem, asseverando que o ato praticado representava grave ofensa ao direito da personalidade da autora, motivo pelo qual fixou indenização no valor de R\$ 6.000,00. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso inominado n. 71001167139. 1ª Turma Recursal Cível. Relator Ricardo Torres Hermann. Julgamento em 14.06.2007. Acessível em: http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2007&codigo=671439 Capturado em 14.12.2007 às 15: 48 hs.)

⁷¹⁹ Em Minas Gerais, a jurisprudência apresenta caso de jovem que teve sua intimidade revelada por ex-namorado. Segundo relato da autora da ação, seu ex-namorado, após ter filmado cenas dos mesmos mantendo relações sexuais, as distribuiu no local de trabalho desta e na faculdade em que a mesma estudava, além de disponibilizá-las em site na internet por meio da criação de uma página eletrônica exclusivamente para a autora denominada de “A safada da PUC”. Estando presentes os pressupostos da responsabilização civil o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais fixou a indenização por dano moral no importe de R\$ 100.000,00 dadas as graves consequências do ato e o dano suportado pela autora. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0027.03.000109-6/001.18ª Câmara Cível. Relator Des. D. Viçoso Rodrigues. Julgamento em 04.09.2007. Acessível em: http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=27&ano=3&txt_processo=109&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=dano%20moral%20namorado&todas=&expresao=&qualquer=&sem=&radical Capturado em 13.12.2007 às 16:45 hs.)

proibição do portador de utilizá-las ou divulgá-las a qualquer título sem a obtenção de autorização do seu titular. Caso essa medida não seja tomada o proprietário das imagens poderá a qualquer momento divulgar as imagens seja diretamente ou indiretamente (através de terceiros) causando, dependendo do meio (físico ou eletrônico), um prejuízo moral irreparável ao titular do direito⁷²⁰.

⁷²⁰ Daí porque reputa-se inadequada a solução dada pela justiça maranhense em caso de posse de imagens íntimas de uma jovem que havia rompido o namoro e teve conhecimento posterior de que seu ex-namorado mantinha em seu computador imagens suas em poses sensuais e desnuda. A justiça maranhense, ao analisar o caso, entendeu que a apreensão do computador não se mostrava justificada uma vez que não havia indícios comprovados de que as imagens seriam divulgadas, as mesmas tinham sido feitas com o consentimento dos interessados, os envolvidos eram maiores de idade, motivo pelo qual não se justificava suprimir o direito de propriedade de um dos envolvidos (o namorado, proprietário do computador)
MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. 23.267. Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Antonio Guerreiro Junior. Acórdão n. 72.471.

CONCLUSÕES

Após a realização de toda a pesquisa foi possível extrair as seguintes conclusões relacionadas ao tema:

1. A proteção à intimidade é uma hipótese nova trazida pela Constituição Federal de 1988. Pelo fato de ser uma hipótese nova, naturalmente, gerou dúvidas interpretativas. Diante dessas dúvidas o instituto merece ser analisado de forma detida e cuidadosa.

2. Intimidade, como o próprio vocábulo indica, quer dizer aquilo que está dentro, o mais dentro possível. Nesse sentido, quando se pensa em intimidade naturalmente se pensa naquilo que está voltado ao *interior* e não ao *exterior*.

3. Juridicamente falando, proteger a intimidade é proteger a possibilidade do indivíduo usufruir sozinho (ou em conjunto com um grupo restrito de pessoas) momentos de sossego, de prazer, de paz de espírito, de deslumbramento, de reflexão, de dor, enfim, de momentos íntimos que forjarão a personalidade e auxiliarão no desenvolvimento pessoal do indivíduo. A intimidade, nesses termos, apresenta-se como uma exigência sentimental, cultural e espiritual do indivíduo que faz com que o mesmo, às vezes, sinta a necessidade de recolher-se sobre si mesmo, ou na companhia de pouquíssimas pessoas, livre de quaisquer intrusões, para desenvolver sua personalidade.

4. O íntimo, como ressaltava Rousseau, é uma forma subjetiva da existência humana que revela os intermináveis conflitos do indivíduo, sua incapacidade de sentir-se à vontade na sociedade ou de viver completamente fora dela, seus estados de ânimo, seu espírito em constante mutação. Enfim, o radical subjetivismo de sua vida emocional. Por isso deve ser protegida, pois autoriza que o indivíduo questione a ordem social vigente. Assim, a intimidade assume relevância para a sociedade pois ela permite que o indivíduo reflita, diagnostique os problemas e tente resolvê-los. Será por meio da intimidade que o indivíduo conseguirá instaurar o diálogo interior, com um provisório desligamento e afastamento do mundo exterior (que é

inerente as atividades mentais) para repensar a realidade. O direito de estar só permite o parar para pensar o significado das coisas. Assim, é inegável que a reserva da intimidade acaba por gerar “funções significativas para a própria sociedade”. Sim, porque a intimidade assegura a margem necessária ao cultivo da liberdade e da emotividade, do desenvolvimento de uma certa “contra-cultura” e “desmodernização”. E, dessa forma, protege o indivíduo do perigo de sucumbir física e psiquicamente ante a avalanche de ruídos e estímulos da sociedade moderna. No mesmo diapasão na esfera da intimidade pode o indivíduo cultivar construções alternativas da realidade social sem por em causa a sempre precária definição social. Não foi por menos que García Morente afirmou que “é na solidão pessoal, na intimidade, (...) [que] o homem encontra a fonte criadora da cultura humana.”⁷²¹

5. É também o espaço reservado para o desenvolvimento da individualidade. De fato, analisando-se a intimidade numa perspectiva antropológica pode se afirmar que a intimidade possibilita ao indivíduo que desenvolva sua personalidade e, por consequência, crie sua própria individualidade.

A individualidade é construída a partir do momento em que o homem recebe as influências externas, as processa e, após isso, elege suas próprias normas de conduta, criando suas preferências, suas crenças e suas ideologias.

Assim, na medida em que o homem tem o poder de viver dentro e fora de si, ele está apto a meditar. Ao meditar o homem reflete sobre seus atos, revê seus conceitos, avalia suas atitudes, oxigena seu espírito, abre espaço para a absorção de novas ideias, abandonando, com isso, eventuais preconceitos em relação a assuntos cotidianos tornando-se, dessa forma, uma nova pessoa.

Como se vê é na intimidade que o homem constrói sua personalidade diferenciando-se de seus semelhantes. É nela que ele se apresenta soberano para construir o mundo do seu jeito, da sua perspectiva individual, sendo que é daí que parece não ser nenhuma anomalia afirmar que a intimidade representa um importante alicerce para que se construa a personalidade do indivíduo.

⁷²¹ MORENTE, García M. **Ensayo sobre la vida privada**. Madrid, 1944.

6. Tendo em vista que a intimidade é do indivíduo e de ninguém mais, ela protege os dados, fatos ou situações subjetivas existenciais, relacionados a ele, desautorizando, por consequência, a invasão ou a divulgação por terceiros sem autorização de seu titular.

7. A intimidade pode ser usufruída solitária ou inter-relacionalmente motivo pelo qual pode ser dividida em duas espécies: em intimidade *subjetiva* e intimidade *inter-relacional*.

A intimidade *subjetiva* é aquela experimentada pelo indivíduo singularmente. É a intimidade interior, singular, aquela que só o indivíduo conhece. A intimidade *inter-relacional* é aquela experimentada e usufruída pelo grupo familiar, pelo grupo afetivo, ou por indivíduos em situações de mútua afetividade ou confiança⁷²².

8. Dada sua importância, a intimidade ganhou *status* de direito fundamental pelo Constituinte de 1988. Como direito fundamental que é, autoriza que todo o regime jurídico protecional relacionado aos direitos fundamentais possa ser utilizado para sua defesa.

9. O direito fundamental à intimidade pode ser visto como aquele direito *fundamental* que protege o *interesse existencial* do indivíduo em viver alguns dos momentos mais sublimes de sua vida, seja solitária ou inter-relacionalmente, de forma *livre, autônoma e digna* sem que seja objeto de qualquer ingerência ou controle externo.

O direito fundamental à intimidade protege assim o interesse existencial do indivíduo em deter um espaço *livre, exclusivo e autônomo* de vivência (e convivência) no qual ele possa desenvolver todas suas potencialidades e, por consequência, construir sua *individualidade*, assegurando-se ao seu titular, com isso, a tranquilidade, o sossego espiritual, a paz interior, necessários para que encontre o exigido equilíbrio psicológico para desenvolver a vida em toda sua plenitude.

⁷²² Relações afetivas efêmeras tais como: namoro, amizade, ou até relacionamentos íntimos ou sexuais de curtíssima duração.

10. O *interesse* juridicamente protegido pelo direito fundamental à intimidade é o *resguardo dos valores morais, sentimentais e espirituais* que vão constituir o *acervo existencial do indivíduo*.

11. O direito fundamental à intimidade preserva também a própria *liberdade* da pessoa uma vez que ele resguarda o espaço de autonomia do indivíduo. Nesses termos o direito fundamental à intimidade visa proteger a liberdade última do indivíduo, a liberdade que lhe conferirá espaço para tomar suas decisões sem interferências constituindo-se, dessa forma, o pressuposto essencial para o exercício de outros direitos, não só pessoais, mas também sociais, já que sem essa preciosa liberdade que garante o pleno desenvolvimento da personalidade, as possibilidades de participação na sociedade resultariam formais e ilusórias.

Daí porque pode ser visto como o direito que evita que o indivíduo seja instrumentalizado como se coisa ou objeto fosse. É o direito que garante a pessoa a “liberdade de viver a própria vida e morrer a própria morte”⁷²³.

12. As principais características desse direito fundamental são: ser um direito *fundamental*, de dimensão tanto *subjettiva* quanto *objetiva*, *público* e *privado*, *inato*, *imaterial*, *vitalício*, *necessário*, *essencial*, via de regra *extrapatrimonial*, *imprescritível*, *impenhorável*, *absoluto* quanto a sua eficácia contra terceiros e *relativo* quando em confronto com outros direitos fundamentais de semelhante importância jurídico-constitucional, na modalidade subjetiva *intangível*.

13. A intimidade só pode ser experimentada (e protegida enquanto tal) por pessoas singulares. Assim, a proteção jurídica a entes coletivos resta excluída de seu âmbito protetivo. Essa exclusão de entes ficcionais parece se mostrar necessária porque a *intimidade* relacionada que está a pensamentos, sentimentos, situações emotivas, só pode ser usufruída por pessoas singulares. Assim, à pessoa jurídica, por exemplo, poderá ser assegurado o direito ao segredo, mas não a intimidade. Ao instituir essa diferença reforça-se à proteção do indivíduo singular, ao

⁷²³ DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade ..., p. 130.

indivíduo enquanto pessoa em seu sentido ontológico, existencial, reforçando-se, com isso, a sua essencialidade. Destaque-se que renomados autores criticam os atuais caminhos delineados para os direitos fundamentais na atualidade que cada vez mais são utilizados na defesa de grupos ou entes coletivos distanciando-se de sua função inicial de defesa da pessoa⁷²⁴.

14. O titular do direito à intimidade é a pessoa singular e o grupo pessoal com o qual o indivíduo mantenha laços familiares, de afetividade⁷²⁵ ou de confiança⁷²⁶.

15. Dado que a intimidade é um valor que brota da dignidade sua proteção deve ser concedida a todos os indivíduos independentemente de sua capacidade jurídica, da função desempenhada, do estatuto jurídico, etc..

Relembre-se que a dignidade da pessoa não admite discriminação seja por razão de nascimento, raça, sexo, opiniões ou crenças. É independente de idade, inteligência e saúde mental, da situação em que o indivíduo se encontre, das suas qualidades específicas, assim como da sua conduta e do seu comportamento.

Daí porque se afirma que é vedado ao Estado e aos particulares distinguir entre os indivíduos em função de seu presumido valor moral.

Dessa ideia pode se afirmar que estarão sob o manto da proteção da intimidade não só os indivíduos legalmente capazes, mas também os incapazes. Não só aqueles que estejam usufruindo plenamente seus direitos civis e políticos, mas também aqueles que estejam temporariamente privados desses direitos, até porque alguém pode ser privado de sua liberdade física totalmente, sem que se viole sua dignidade⁷²⁷, porém não pode ser privado de toda manifestação do exercício de sua liberdade sem que se degrade sua dignidade. Não só os indivíduos que tem uma imagem publicamente conhecida, mas também àquelas pessoas que

⁷²⁴ Nesse sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade ..., p. 110.

⁷²⁵ Namorados; companheiros (sejam eles decorrentes de relações passageiras ou não); dentre outros.

⁷²⁶ Por exemplo: empregados domésticos.

⁷²⁷ Vide o condenado criminalmente.

adquiriram, seja por seu sucesso profissional ou artístico, o *status* de notoriedade pública são detentores do direito fundamental à intimidade.

16. Não é o critério espacial que define o que é íntimo, o que é privado e o que é público, mas sim o interesse envolvido.

17. O fato antijurídico que ofende, portanto, a intimidade, é a *intromissão* (invasão) ou a *divulgação não autorizada* da intimidade legitimamente conquistada⁷²⁸.

A intromissão pode ser entendida como aquela ação de terceiro que invade a intimidade do indivíduo ou de um grupo determinado de pessoas⁷²⁹. Ela pode se dar por várias formas. Pela penetração no reatamento da solidão da pessoa, incluindo-se no caso o espreitá-la, pelo seguimento, pela espionagem ou pelo chamamento constante ao telefone. Pela gravação de conversas e tomadas de cenas fotográficas e cinematográficas das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral. Pela audição de conversações privadas por interferências mecânicas de telefone, microfilmes dissimulados deliberadamente. Pela utilização em publicações, ou em outros meios de informação, de fotografias ou gravações obtidas sub-repticiamente nas formas precedentes. Pela invasão e subtração de dados armazenados nas memórias de computadores pessoais.

A divulgação não autorizada é aquela em que o indivíduo não se intromete na intimidade do indivíduo pois desfruta de sua intimidade mas traindo o laço de confiança ou de afetividade criado com o mesmo, divulga, sem a sua autorização, fato ou dado íntimo que não lhe pertence. Aqui, apesar de não haver fraude ou captação irregular do conteúdo, há ofensa à intimidade do ofendido uma vez que os dados ou fatos foram conhecidos mediante a estreita relação de confiança estabelecida entre a vítima e o ofensor.

18. *Intimidade e vida privada* não se confundem. São institutos jurídicos *distintos*, merecendo, por isso, tratamento diverso.

⁷²⁸ COSTA JR., Paulo José. **O direito de estar só** ..., p. 27.

⁷²⁹ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos** ..., p. 493.

19. Tanto a *intimidade* quanto a *vida privada* são espécies de um gênero mais amplo que pode ser designado de *privacidade*.

20. A *privacidade* e, portanto, *intimidade* e *vida privada*, são regidos pelo princípio da *exclusividade*.

O princípio da *exclusividade* visa *assegurar* ao indivíduo a sua *identidade* diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela submissão ao poder político. Representa, nesse sentido, a ideia de que o conteúdo da informação, do dado, da forma de convivência, das situações subjetivas existenciais do indivíduo, pertencem *exclusivamente* a ele e a mais ninguém, não sendo dado, por tal motivo, a intromissão ou a divulgação por terceiros sem a devida autorização do titular.

21. O traço distintivo entre *intimidade* e *vida privada* pode ser encontrado no campo da *necessidade de comunicabilidade* e, com a necessidade de comunicabilidade, a ideia de *repercussão social*.

Toda relação humana é, por excelência, uma relação de *comunicação*, daí porque se fala que o indivíduo não vive, mas *convive*. Para conviver inexoravelmente é necessário o contato pessoal e o intercâmbio de informações, sentimentos, ideias, etc.. Para esse intercâmbio é inevitável a comunicação. Dessa forma, analisando-se os conceitos de *intimidade* e *vida privada* sob o viés da *comunicabilidade* pode se encontrar um traço distintivo entre esses dois bens jurídicos que é o da *repercussão social* da informação, do dado ou, como se falou, da situação subjetiva existencial relacionada ao indivíduo.

Assim, na *intimidade* as situações subjetivas existenciais se referem ou ao próprio sujeito ou a um grupo limitadíssimo de pessoas e se referem a situações que somente são relevantes para os sujeitos envolvidos. Não o são, via de regra, para a sociedade. Dada a irrelevância daquele dado para a sociedade⁷³⁰ resta

⁷³⁰ Frise-se: irrelevância para sociedade e não para o indivíduo. Nesse sentido esclarecedora a lição de Hannah Arendt (2007; pp. 61-62):

desautorizada tanto a intromissão quanto a divulgação do mesmo para o público exterior.

Já na *vida privada* a comunicabilidade das informações para conviver em sociedade é um pressuposto. Sem a comunicação de dados pessoais a convivência se mostraria impossível. Diante dessa necessária comunicabilidade, o raio de privacidade mostra-se menor do que na intimidade.

Assim, resumidamente: a *intimidade* é o espaço em que são asseguradas informações, dados ou situações subjetivas existenciais do indivíduo, de seu grupo familiar, ou daquelas pessoas com quem o mesmo mantenha estreitos laços de afeto ou de confiança, cujo conteúdo só lhe pertence (exclusividade) que, via de regra, não se mostram informáveis por não se mostrarem relevantes para a sociedade ou por não afrontarem direitos de terceiros.

Já a *vida privada* é também o espaço em que são asseguradas informações, dados ou situações subjetivas existenciais do indivíduo, de seu grupo familiar, ou daquelas pessoas com quem o mesmo mantenha estreitos laços de afeto ou de confiança, cujo conteúdo também só lhe pertence (exclusividade), mas que, por sua natureza cambiária (o indivíduo necessariamente tem que prestar informações pessoais para o público externo, para fora, para o coletivo, para que possa desenvolver suas atividades e conviver em sociedade), *repercute mais intensamente* no âmbito coletivo e, por tal motivo, tem menor raio de proteção.

23. Em caso de conflito do direito à intimidade com outros direitos fundamentais, apesar de o direito à intimidade não se mostrar como direito absoluto, deve-se, sempre que possível, deferir-lhe uma maior prevalência uma vez que via de

“O que a esfera pública considera irrelevante pode até ter um encanto tão extraordinário e contagiante que todo um povo pode adotá-lo como modo de vida, sem com isso alterar-lhe o caráter essencialmente privado. O moderno encantamento com ‘pequenas coisas’, embora pregado pela poesia no século XX em quase todas as línguas européias, encontrou sua representação clássica no *petit bonheur* do povo francês. Após o declínio de sua vasta e gloriosa esfera pública, os franceses tornaram-se mestres da arte de serem felizes entre ‘pequenas coisas’, dentro do espaço de suas quatro paredes, entre o armário e a cama, entre a mesa e a cadeira, entre o cão, o gato e o vaso de flores, dedicando a estas coisas um cuidado e uma ternura que, num mundo em que a rápida industrialização destrói constantemente as coisas de ontem para produzir os objetos de hoje, pode até parecer o último recanto puramente humano do mundo. Esta ampliação da esfera privada, o encantamento, por assim dizer, de todo um povo, não a torna pública, não constitui uma esfera pública, mas, ao contrário, significa apenas que a esfera pública refluíu quase que inteiramente, de modo que, em toda parte, a grandeza cedeu lugar ao encanto; pois embora a esfera pública possa ser grande, não pode ser encantadora precisamente porque é incapaz de abrigar o irrelevante.” (ARENDT, Hannah. **A condição humana** ..., pp. 61-62.)

regra seu conteúdo não influencia o comportamento dos demais e representa os aspectos mais subjetivos da personalidade humana.

24. O direito à intimidade não é (e quem sabe nunca foi) exclusivamente o *direito a estar só* até porque o ser humano é um ser comunicativo e coexistencial por excelência. No entanto, para que se assegure a coexistência, faz-se necessário que se assegure espaço de liberdade exclusivo ao indivíduo para que ele, caso queira, se interiorize, reflita sobre o seu *eu*, reflita sobre seus modos e comportamentos.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

_____. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Apres. e trad.: Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Departamento de publicações da Universidade de Externado da Colômbia, 2003.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**. n. 24. out./dez. 2005.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, Marina Vitório. Direito à intimidade e à vida privada: os contornos da individualidade no mundo contemporâneo. *In* **O direito à vida digna**. Coord.: Carmen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6 ed. rev., atual. e aum. de acordo com o novo Código Civil e leis posteriores. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. (reimp. da ed. de 2004). Coimbra: Almedina, 2006.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: totalitarismo, o paroxismo da origem do poder. Trad.: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1979.

_____. **A condição humana.** Trad.: Roberto Raposo. 10. ed. 8. reimp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ASCENSÃO, José Oliveira de. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. *In* **Novo Código Civil** - questões controvertidas - parte geral do Código Civil. Vol. 6. Coords.: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Editora Método, 2007.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito.** 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Vol. II - Arts. 5.º a 17. São Paulo: Saraiva, 1989.

BELTRÃO, Silvio Romero. Tutela jurídica dos direitos da personalidade. *in* **Questões controvertidas no novo Código Civil.** Coord.: Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Editora Método, 2004.

BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de La personalidad. *In* **Manual de Derecho Constitucional.** Segunda edición. BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. Orgs. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 7 ed. rev. atual. e ampl. De acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 8. ed. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Estado, governo, sociedade.** Para uma teoria geral da política. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 13 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Trad.: Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Nomos: Baden-Baden, 1993.

BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. *In* **Teoria Constitucional da democracia participativa.** 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada.** 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos Direitos Fundamentais. *in* **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança n. 23.452-1. Relator Ministro Celso de Melo. Ementário n. 1990-1.

BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. **El derecho a la intimidad.** Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Balsega. Madrid: Civitas, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. *In* **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. Org.: George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BUZZI, Arcângelo R. **Introdução ao pensar**: o ser, o conhecimento, a linguagem. 32 ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. *In* **Direito constitucional contemporâneo**. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Coord.: Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite. **Nós, estudos sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introd. e trad. A. Menezes Cordeiro. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.

_____. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad.: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____. **Estado de Direito**. Coimbra: Gradiva, 1999.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. *In* **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. ampl. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teorética ao estudo do Direito e do Estado. Trad.: Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPELLETI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *In* **As garantias do cidadão na justiça**. Coord.: Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.

CÁRDENAS, Eduardo J.; [et allí]. **Código Civil y leyes complementarias**: comentado, anotado y concordado. 4 reimp. Coord. Eduardo A. Zannonni. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. Tomo 5.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CIFUENTES, Santos. **Elementos de derecho civil**: parte general. 4 ed., atual. e ampl. 3 reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

_____. **El derecho a la vida privada** – tutela a la intimidad. Buenos Aires: La Ley, 2007.

CHAVES, Antônio. Os direitos fundamentais da personalidade moral (à integridade psíquica, à segurança, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade). **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 58, pp. 157-180, abr.-jun./1978.

_____. Direito à intimidade nas fotografias e nos filmes cinematográficos. *In* **Revista de Direito Mercantil**: Industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 52, pp. 7-16, out.-dez./1983.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista crítica jurídica**, Curitiba. n. 20. jul./dez. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONDE, Enrique Alvarez. **Curso de Derecho Constitucional**. 3. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1999. Vol. 1.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil português**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2000. Vol. I. Tomo I.

CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *In* **Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Coord.: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COULANGES, Numa Demis Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Trad.: Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

CRETELLA JR., José. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. Vol. I. arts. 1º a 5.º, LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

CUBRÍA, Manuel Iglesias. **Derecho a la intimidad**. Oviedo: Universidade de Oviedo, 1970.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do Direito**. São Paulo: Ed. Bushatsky, 1976.

DANTAS, San Thiago. **Programa de Direito Civil**. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DELGADO, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia. Estudo em homenagem ao Ministro Adhemar Maciel, por ocasião de sua aposentadoria, sob a coordenação do Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Acessível em: www.bdjur.stj.gov.br.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 21 ed. atual.: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DESANTES, José María. El derecho fundamental a la intimidad. **Estudios públicos**, Santiago (Chile), n. 46, pp. 267-288, 1992.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

D'OLIVO, Maurício. O direito à intimidade na Constituição Federal de 1988. **Cadernos de Direito Constitucional e ciência política**, São Paulo, v. 15, abr.-jun./1996.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. *in* **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Coord.: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DÓRIA. Antonio de Sampaio. **Direito Constitucional**. 5 ed., rev. São Paulo: Max Limonad, 1962. Vol. I. Tomo II.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação** – possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. A liberdade e o direito a intimidade. *In* **Revista de informação legislativa**, ano 17. n. 66, abr./jun/1980.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 21 ed. Trad.: Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo, Perspectiva, 2007.

EKMEKDIJAN, Miguel Angel. **Manual de la Constitución Argentina**. 5 ed. Buenos Aires: Depalma, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y El Tribunal Constitucional**. Madri: Civitas, 1986.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença n. 197/1991. Sala Segunda. BOE n. 274.

_____. Tribunal Constitucional. Jurisprudência Sistematizada. Segunda parte. **BJC Sistematizada 1981-1988**. p. 216.

_____. Tribunal Constitucional. Sentença n. 115/2000 (STC, 115/2000). Sala Segunda. Publicação BOE 2000067. BOE n. 136. Registro n. 640/1997. Acessível em:

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2000-0115. Capturado em 22.5.2009 às 20:16 hs.

_____. Tribunal Constitucional. Sentença 99/2002 (STC 99/2002). Sala Primeira. Publicação BOE 20020605. BOE n. 134. Registro n. 403/1997. Acessível em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2002-0099. Capturado em 22.5.2009, às 19:52 hs.

FACHIN, Luis Edson. A reconstitucionalização do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. **Revista jurídica**, Porto Alegre, v. 52, n. 324, pp. 16-19, 2004.

_____. Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In **Direito Civil: Direito patrimonial e Direito Existencial**. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Coords.: Flávio Tartuce e Ricardo Castilho. São Paulo: Editora Método, 2006.

_____. **Questões de Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FAVOREAU, Louis. Quelques Considérations Sur Les Droits de L'Homme. In **Liber Amicorum – Héctor Fix-Zamudio**. Org.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apres.: César Gaviria. Vol. I. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

_____. La constitucionalización del derecho. Artigo publicado originalmente nos estudos em homenagem a Roland Drago. **La unidad del derecho**. Paris : Economica, 1996, pp. 25 y siguientes. Acessível em: <http://www.droitconstitutionnel.com/article11.html> Capturado em 02.10.2007

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. 5. ed. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2006.

FERNANDES, Milton. Direitos da personalidade e Estado de Direito. **Revista Brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 50, pp. 157-172, jan./1980.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 1, ano I, pp. 140-156, 1992.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. Vol. 1.º, Arts. 1.º a 21.

FERREIRA, Waldemar. **História do direito brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1951.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho em tiempos de constitucionalismo. *In* **Neoconstitucionalismo(s)**. Org.: Miguel Carbonell. Madri: Editorial Trotta, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. **La Constitución de los modernos**. Trad.: Manuel Martinez Neira. Madri: Trotta, 2001.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. Vol. 557. Jan./1983.

FREGADOLLI, Luciana. O Direito a intimidade. *In* **Cadernos de Direito Constitucional e política**, São Paulo, n. 19. Ano 5, pp 196-246, abr.-jun./1997.

FREIRE, Alexandre. **Inevitável mundo novo**: o fim da privacidade. São Paulo: Axis Mundi, 2006.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Nova edição refundida, aum. com os decs., leis e avisos publicados até 1910. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e código civil de 2002: uma abordagem contemporânea. **Revista dos Tribunais**. Ano 95, vol. 853, Nov./2006.

GAITANO, Norberto Gonzalez. **El deber de respeto a La intimidad**: información pública y relación social. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1990.

GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 9 ed. Padova: CEDAM, 1996.

GIANOTTI, Edoardo. **A tutela constitucional da intimidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**. 6 ed. Trad.: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Record.

GOLDENBERG, Isidoro H. La responsabilidad civil derivada de la lesion del derecho a la intimidad. *In* **Responsabilidade por daños**. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Noção de pessoa no direito brasileiro: direitos da personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra. Vol. LXIX. 1993.

GOMES, Orlando. **Código Civil**: anteprojetos. Brasília: Senado Federal. 1989. Vol. 2.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 19 ed. Atual.: Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GÓMEZ, Máximo Pacheco. El concepto de derechos fundamentales de la persona humana. *In* **Liber Amicorum – Héctor Fix-Zamudio**. Org.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apres.: César Gaviria. Vol. I. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

GONZÁLEZ, Dice Zavala de. **Resarcimiento de daños a las personas**. Buenos Aires: Astrea, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madri: Editorial Trotta, 2006.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico – el caso italiano. *In* **Neoconstitucionalismo(s)**. Org.: Miguel Carbonell. Madri: Editorial Trotta, 2003.

_____. **Das fontes às normas**. Trad.: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUANTER, J. M. Desantes. Intimidación e información, derechos excluyentes. *Revista Nuestro Tiempo*, Pamplona, n. 213, mar./1972.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Volume II.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no Direito Civil. **Revista da faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, pp. 111-125. [s.d].

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad.: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madri : Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha** (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*). Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

_____. Significado de los derechos fundamentales. *in* **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. BENDA, Ernst; MAIHOFER, Verner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad. (Orgs.). Madri: Marcial Pons ediciones jurídicas e sociales, 2001.

JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Trad. do original francês para o espanhol por Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América; Bosch y Cía. Editores, 1952. Tomo I. Vol. I.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LASKI, Harold J. **La libertad en el estado moderno**. Trad. Eduardo Warshaver. Buenos Aires: Editorial Abril, 1945.

LE BON, Gustave. **As opiniões e as crenças**. Trad.: Antonio Roberto Bertelli. São Paulo: Ícone, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141 jan./mar.

_____. Danos morais e direitos de personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 6, pp. 79-97, abr./jun 2001.

_____. Autolimitação do direito à privacidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 34, pp. 93-104, abr./jun 2008.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad.: Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 1. Parte geral (arts. 1º a 232).

LUÑO, Antonio Enríque Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

_____. Las generaciones de derechos humanos. *in* **Revista Del Centro de Estudios Constitucionales**. n. 10. set. dez./1991.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n. 23.267. Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Antonio Guerreiro Junior. Acórdão n. 72.471.

MARIA, José Serpa Santa. **Direito à imagem, à vida e à privacidade**. Belém: CEJUP, 1994.

MARITAIN, Jaques. **Los derechos del hombre y la ley natural**. Buenos Aires: Biblioteca Nueva, 1943. p. 96. *apud* GÓMEZ, Máximo Pacheco. El concepto de derechos fundamentales de la persona humana. *In* **Liber Amicorum – Héctor Fix-Zamudio**. Org.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apres.: César Gaviria. Vol. I. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

MARTÍNES, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

MARTÍNEZ, Jaime Vidal. La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español. **Revista de Derecho Privado**, Madri, ano 64, vol. 1, pp. 755-774, jul.-ag./1980.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3 ed., rev e ampl., 2^a tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da Corte Constitucional Alemã. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 48-59, 1998.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0027.03.000109-6/001.18^a Câmara Cível. Relator Des. D. Viçoso Rodrigues. Julgamento em 04.09.2007. Acessível em: http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=27&ano=3&txt_processo=109&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=dano%20moral%20namorado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical Capturado em 13.12.2007 às 16:45 hs.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0027.03.000109-6/001.18^a Câmara Cível. Relator Des. D. Viçoso Rodrigues. Julgamento em 04.09.2007. Acessível em: http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=27&ano=3&txt_processo=109&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=dano%20moral%20namorado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical Capturado em 13.12.2007 às 16:45 hs.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0319.00.010353-5/001.9^a Câmara Cível. Relator Des. José Antônio Braga. Julgamento em 27.02.2007. Acessível em: http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=319&ano=0&txt_processo=10353&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=dano%20moral%20namorado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical Capturado em 14.12.2007 às 15:43 hs.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos fundamentais. 2 ed. (reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, 1998. Tomo IV.

_____. **Manual de Direito Constitucional.** Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Tomo II.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem.** Trad.: Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil** (imobiliário, agrário e empresarial), São Paulo, n. 65, pp. 21-32, jul./set. 1993.

_____. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Walter. Direito da personalidade: estado da matéria no Brasil. In **Estudos de Direito Civil.** Coord.: Antonio Chaves. São Paulo: Saraiva, 1979.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MORENTE, García M. **Ensayo sobre la vida privada.** Madrid, 1944.

MORIN, Edgar. **Cultura e barbaria européias.** Trad.: Daniela Cerqueira. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 532. fev./1980.

MUÑOZ, Teresa Puentes. El derecho a la intimidad en la Constitución. **Anuario de derecho civil.** Vol. 33, n. 4, 1980.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NAEF, Werner. **La Idea del Estado en la Edad Moderna**. Madri: Aguilar, 1973.

NERY JR., Nelson. Contratos no novo Código Civil. *in* **Comentários ao novo Código Civil** – estudos em homenagem a Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. *In* **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. ampl. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional**. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1992.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Coimbra. 1987.

_____. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 532. fev./1980.

OLIVEIRA, Moacyr de. Evolução dos direitos de personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 402, pp. 29-32, abr./1969.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. Trad.: Ivone C. Benedeti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PASINI, Willy. **Intimidade** – muito além do amor e do sexo. Tradução de Mario Fondelli. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

PAVÓN, Pilar Gomez. **La intimidad como objeto de protección penal**. Madri: AKAL, 1989.

PENDÁS, Benigno. Introdução ao trabalho de Samuel WARREN e Louis BRANDEIS **El derecho a la intimidad**. Edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Balsega. Madrid: Civitas, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. Vol. I.

_____. **Direito civil**: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 23 ed. Rev. e Atual.: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Vol. I.

PEREIRA, Daniel Queiroz; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Direitos da personalidade e código civil de 2002: uma abordagem contemporânea. **Revista dos Tribunais**. Ano 95, vol. 853, Nov./2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In*: BARROSO, Luís Roberto (coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERES, Jesus Gonzalez. **La dignidad de la persona**. Madri: Editorial Civitas S.A., 1986.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 5 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

_____. Estado constitucional y generaciones de derechos humanos. *In* **Liber Amicorum – Héctor Fix-Zamudio**. Org.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apres.: César Gaviria. Vol. II. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. 3 ed. 11 reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, Vol. LXIX, pp. 479-586, 1993.

_____. A proteção da vida privada e a Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, vol. 76, pp. 153-204, 2000.

_____. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. *In* **A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil Brasileiro, **Revista Jurídica**, Porto Alegre, vol. 51, n. 314, pp. 7-34, dez./2003.

_____. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. *In* **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. ampl. Org.: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. *In* **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**.

Coords.: Luiz Flávio Gomes e Flávio Piovesan. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1937**. Rio de Janeiro: Pongetti, 1938.

_____. **Comentários à Constituição de 1967** – com a Emenda n. I, de 1969. Tomo IV (Arts. 118 a 153, §1º). 2 ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. Parte especial. Tomo VII.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais** (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad.: Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Direitos fundamentais nas crises. *in* **Direito constitucional contemporâneo**. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Coord.: Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

RAMOS, Erasmo R. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 799, pp. 11-32, maio/2002.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. rev. 3ª. tir. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2007.001.38536. 4ª Câmara Cível. Relator Desembargador Fernando Fernandy Fernandes. Julgamento em 21.08.2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso inominado n. 71001167139. 1ª Turma Recursal Cível. Relator Ricardo Torres Hermann. Julgamento em 14.06.2007. Acessível em: http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2007&codigo=671439 Capturado em 14.12.2007 às 15: 48 hs.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista do Conselho da Justiça Federal**. Brasília. Vol. 3. dez./1997. pp. 2-32.

RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia social**. 19 ed., ref.. Petrópolis: Vozes editora, 2000.

RODRIGUES, Celso. A construção do indivíduo e o direito moderno. *In* **Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo**. Coord.: José Carlos Moreira da Silva e Maria Cristina Cereser Pezzela. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

RODRÍGUEZ, José Luis Concepción. **Honor, intimidad e imagen** – un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1996.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Org., sel. e apres.: Maria Celina Bodin de Moraes. Trad.: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROYO, Javier Perez. **Curso de Derecho Constitucional**. 3. ed. Madri: Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales, S.A., 1996.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**. 3. ed. atual. ampl. 2ª. reimp. Buenos Aires: ASTREA, 2003. Tomo 2.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS Fº., Ricardo Toledo. A intimidade e seus reflexos no direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 746, pp. 449-465, dez.1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo. v. 9, n. 36, pp. 54-104, 2000.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. (2 tir.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. A vinculação de particulares aos direitos fundamentais no Brasil e no direito comparado. *In* **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3 ed. rev. Coord.:Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1. n. 2. Abr./jun. 2006.

_____. Interesses públicos *versus* interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In* **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Org.: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Vol. I – o debate contemporâneo. Trad.: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. **Direito Constitucional**. Anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez./1995, pp. 1-21, Acessível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf> Capturado em 29.07.2008, às 12:04 hs.

_____. As Comissões Parlamentares de Inquérito e a defesa dos Direitos Individuais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. n. 3. 2003. Curitiba.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitucion**. Reimp. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, [s.d.].

SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. *In* **Diálogos sobre direito civil**. Org.: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Vol. II.

SCHWABE, Jürgen. **Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. Trad. Marcela Anzola Gil. Madri. Ediciones Jurídicas Gustaco Ibáñez, [s.d.].

SEGADO, Francisco Fernández. Los nuevos retos en la tutela de los derechos: las amenazas del poder informático y la tutela de los derechos difusos. **Liber amicorum**: Héctor Fix Zamudio. São José da Costa Rica, Volume I, CIDH, 1998.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

SIDOU, J. M. Othon. Direito à intimidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 421, pp. 9-13, nov./1970.

SIEYÉS, Abade. **Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão**. Org., trad. E estudo introdutório: Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à Intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2 ed. rev. atual. amp.. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso Gomes da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. Sistema protetivo dos direitos de personalidade. *in* **Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. Coords.: Regina Beatriz Tavares da Silva e Manoel J. Pereira dos Santos. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. São Paulo: LTr, 1999.

SORÍA, Carlos. La información de lo público, lo privado y lo íntimo. *In Revista Cuenta y Razón*, Madri, n. 44-45, 1999.

SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do Direito Privado. *in A reconstrução do Direito Privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. Org.: Judith Martins Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Rabindranath Valeixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Elementos para uma teoria geral dos princípios. *In Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. Org.: George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1. n. 2. abr./jun.2006.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. *in Temas de Direito Civil*. 3 ed., re. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEZZA, Cristovão. A angústia da opinião. **Gazeta do Povo**. Curitiba, terça-feira, 16 de junho de 2009, Pontos de vista.

TOBEÑAS, José Carlos. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Reus – Centro de Enseñanza y Publicaciones (S.A.), 1952.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di Diritto Civile**. 37 ed. Padova: CEDAM, 1997.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In* **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. ampl. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalização e Neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Mar/2008. Vol. 3. n.1. [s.d]

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Trad.: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALD, Arnoldo. Sigilo bancário e os direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 22, pp. 15-31, jan./mar. 1998.

_____. **Direito Civil**: introdução e parte geral. 11 ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009.

WARAT, Luiz Alberto. Técnicas argumentativas na prática judicial. **Revista Sequência**, v. 08, n. 09, p. 35-56, 1984.

WEIL, Pierre. **Relações humanas na família e no trabalho**. 48 ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

WEISS, Paulo. **A liberdade do homem**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1960.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Trad.: Marina Gascón. 7 ed. Madri: Editorial Trotta, 2007.