

ANDRÉ LUIZ COSTA CORRÊA

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS À
INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA:

PUC/SP

São Paulo

2005

FOLHA DE APROVAÇÃO

A Deus, que por sua imensa misericórdia possibilitou que eu permanecesse vivo depois do acidente.

Aos médicos, enfermeiros e toda equipe médica que possibilitou a minha plena recuperação.

Aos professores Luiz Alberto David Araújo, Flávia Piovesan e André Ramos Tavares, pelos exemplos de dedicação à carreira docente e de atenção aos alunos.

Aos meus pais e aos meus sogros, pela torcida e pela ajuda nos momentos de maior dificuldade.

Aos amigos, Roberto Vidal da Silva Martins, André Costi, Daniela Aguillar, Renato Oliveira, Renné Van Dyck, pela compreensão nos momentos de afastamento e pela torcida durante toda elaboração desta dissertação.

A todos que sempre me incentivaram.

Em especial, à Melissa, minha esposa, por ser a minha esperança de viver, minha inspiração e, sobretudo, meu lugar seguro em todos os momentos de minha vida.

RESUMO

Em razão de, nos dias atuais, haver um crescente interesse da sociedade e do Estado na esfera individual, mas precisamente na intimidade e na vida privada dos indivíduos, torna-se necessário uma análise mais detida sobre estas esferas da privacidade.

A fim de proceder tal análise, além dos direitos à intimidade e à vida privada serem compreendidos como direitos civis fundamentais, deve-se analisar - perante a doutrina, a legislação e a jurisprudência - os pressupostos que lhes possibilitaram à constitucionalização, bem como o estudo da sistemática constitucional (Constituição Federal de 1988) em que estão contidos.

Procedida tal análise, comprovar-se-á que os indivíduos gozam, contra abusos do Estado e da sociedade, de uma área de proteção da privacidade, a qual é assegurada civil (pelos direitos da personalidade) e constitucionalmente (pela instituição de um direito civil fundamental que lhe protege e lhe assegura).

ABSTRACT

Due to, at present times, there being an increasing interest by society and State in the individual sphere, although precisely in intimacy and private life, it has become necessary a more detailed analysis on these private spheres.

In the interest of proceeding with such, apart from the right to intimacy and private life being understood as fundamental civil rights, it should be analyzed - before the doctrine, the legislation and the jurisprudence - the presuppositions which allowed them constitutionality, as well as the study of the constitutional system (1988 Federal Constitution) in which they are contained.

Such analysis having been proceeded, it shall be proven that individuals shall enjoy, against State and society abuse, an area of protection and privacy by which is ensured civilly (by the right to personality) and constitutionally (by the institution of a fundamental civil right which protects and assures them).

INTRODUÇÃO: (11).

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS:

1.1. Breve esboço sobre os fatores que possibilitaram o surgimento da idéia de intimidade: (13).

1.2. Intimidade como necessidade psicológica: (19).

1.3. Concepção filosófica de intimidade: (28)

1.4. Distinção entre intimidade, vida privada e privacidade: (31).

1.4.1. Posicionamentos doutrinários quanto à distinção dos conceitos de vida privada, intimidade e privacidade: (32).

1.4.2. Posição adotada para distinguir os conceitos de vida privada, intimidade e privacidade: (40).

2. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE:

2.1. Direitos da Personalidade: (46).

2.1.1. Personalidade e Pessoa: termos incoativos à noção de direitos da personalidade: (46).

2.1.2. Delimitação do conceito de direitos da personalidade: (58).

2.1.2.1. A Diversidade de denominações: (58).

2.1.2.2. A singular diversidade de conceitos dos "direitos da personalidade": (61).

2.1.2.3. Proposta de denominação: direitos da personalidade: (71).

2.1.3. A natureza dos direitos da personalidade (72).

2.1.3.1. Os direitos da personalidade são direitos subjetivos ou não? (73).

- 2.1.3.2. A natureza dos direitos da personalidade: direitos naturais ou positivos? (90).
- 2.1.4. Natureza jurídica dos direitos da personalidade: (96).
- 2.1.5. Características dos direitos da personalidade: (106).
- 2.1.6. Classificação dos direitos da personalidade: (115).
- 2.1.7. Os direitos da personalidade na sistemática do Código Civil: (123).

3. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA ENQUANTO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL:

- 3.1. Sistema jurídico e a inadequada dicotomia entre direito público e direito privado - uma visão atualizada sobre a questão: (127).
- 3.2. Conseqüências da sistemática da natureza unitária das normas: (151).
- 3.3. O direito civil constitucional (156).
- 3.4. Direito à intimidade e à privacidade como direito civil constitucional (169).

4. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL:

- 4.1. Direitos Fundamentais:(171).
 - 4.1.1. Evolução histórica dos direitos fundamentais: (171).
 - 4.1.2. A questão das dimensões dos direitos fundamentais: (218).

4.1.3. Delimitação terminológica sobre os direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo e de garantia do indivíduo: (224).

4.1.4. A questão das garantias e dos direitos fundamentais: (246).

4.1.5. A dignidade humana como fundamento dos direitos fundamentais: (255).

4.1.5.1. Apontamentos sobre a dignidade humana: (266).

4.2. O direito à intimidade e à vida privada enquanto Direito Fundamental: (279).

4.2.1. Definição e Conteúdo do direito à intimidade e à vida privada: (279).

4.2.2. Titularidade dos direitos à intimidade e à vida privada: (286).

4.2.3. Da resolução dos conflitos entre os direitos à intimidade e à vida privada e os demais direitos fundamentais e os bens constitucionais (296).

4.2.3.1. Do conflito envolvendo os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada e a liberdade de imprensa: (304).

4.2.4. Das garantias conexas aos direitos à intimidade e à vida privada: (311).

4.2.4.1. Garantias institucionais aplicáveis aos direitos à intimidade e à vida privada: (312).

4.2.4.2. Garantias constitucionais aplicáveis aos direitos à intimidade e à vida privada: (313).

A. Inviolabilidade da casa: (314).

B. Inviolabilidade do sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas: (319).

B.1. Da Inviolabilidade do sigilo de correspondência: (320).

B.2. Da inviolabilidade do sigilo de comunicações telegráficas, de dados e das comunicações: (325).

B.2.1. Sigilo dos dados enquanto questão conexa à inviolabilidade do sigilo de comunicações de dados: (327).

B.2.2. Sigilo bancário e fiscal enquanto questão conexa à inviolabilidade do sigilo de comunicações de dados: (330).

4.2.4.3. Garantias processuais ou remédios constitucionais aplicáveis aos direitos à intimidade e à vida privada: (338).

4.2.4.4. Outras garantias aplicáveis à intimidade e à vida privada: (340).

4.2.5. Dos limites ao direito à intimidade e à vida privada ou das possibilidades de tais direitos serem afastados em razão de outros institutos e de outras instituições: (343).

4.2.5.1. Da teoria geral de limitação dos direitos fundamentais: (343).

4.2.5.2. Dos limites impostos aos direitos à intimidade e à privacidade: (354).

4.2.6. Da suspensão do direito à intimidade e à vida privada: (360).

Conclusão: (365).

Bibliografia: (370).

A sociedade moderna impôs uma pesada carga de intromissão na intimidade e na vida privada dos indivíduos, seja por meio da necessidade destes informarem inúmeros dados pessoais quando da prática de quaisquer atividades sociais, seja pela necessidade de habitarem em locais densamente povoados, seja pela necessidade de interação com os demais membros da sociedade, ou, seja pela constante e hábil fiscalização dos fatos e atos da vida individual, familiar e coletiva àqueles relacionados.

Em razão disto, os indivíduos passaram a necessitar de um abrigo seguro contra a intromissão e a devassa de suas vidas particulares. Local este onde pudessem viver sua vida individual, familiar e privada sem as amarras, os freios e as máscaras necessárias no convívio social.

Assim, surge a necessidade psicológica da intimidade e da vida privada, a qual faz com que o homem passe a gozar em sua introspecção de uma fortaleza e de único lugar seguro contra as curiosidades dos demais membros da sociedade.

Todavia, a intimidade e a vida privada não pode ser gozada única e solitariamente na fortaleza do espírito do indivíduo. O homem é ser social, e como tal, precisa

conviver com outros homens, para que possa dividir com estes suas frustrações, seus anseios, suas necessidades, seus medos etc.

Por causa disto, os indivíduos construíram mecanismos de proteção à intimidade e à vida privada que possibilitassem tanto a preservação dos fatos e atos íntimos e privados, como, também, fossem suficientemente aptos a possibilitar aquele convívio social.

Em razão disto, visa esta dissertação analisar o processo de constitucionalização dos direitos de proteção da intimidade e da vida privada, desde sua concepção psicológica até a inclusão destas áreas da personalidade humana como direitos constitucionais fundamentais.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS:

1.1. *Breve esboço sobre os fatores que possibilitaram o surgimento da idéia de intimidade:*

O leitor mais despretenhoso que busca a origem da intimidade num fato isolado ou numa obra literária ou corrente filosófica acaba por frustrar-se quando contraposto à complexidade do surgimento desta. Tal complexidade deriva, sobretudo, por serem inúmeros os fatores políticos, sociais, econômicos, religiosos, filosóficos e morais que, em conjunto ou separadamente, influenciaram a idéia de intimidade¹ e, também, porque tais fatores foram mesclados por outros tantos fatores que frearam ou dificultaram o surgimento da idéia de intimidade que se tem de forma hodierna².

Em razão disto, o estudo sobre os fatores que desencadearam a idéia de intimidade não pode ser restrito à simples eleição e estudo de um fator isolado, como o fazem

¹ Delgado afirma que "varios son los factores que operan en el surgimiento de un concepto pleno y generalizado de intimidad. El concepto de personalidad de la burguesía, las declaraciones de derechos que acuden a la dignidad de la persona humana como pretensión inexcusable por parte de cualquier Estado, la configuración social urbana, la separación del lugar de trabajo del hogar, la concienciación por parte de la clase no burguesa de un ámbito de obligado respeto por cualquier poder establecido, son las más significativas razones del surgimiento del concepto de intimidad" (LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad. Madrid: Dykinson, 2000, p. 32).

² Quanto à intercalação de fatores pró e contra a idéia de intimidade, pode-se dizer que tal intercalação de fatores é decorrente, em parte, do "movimiento pendular de la Historia hace que este proceso se repita y vemos cómo de tiempo en tiempo una fuerza es reemplazada lentamente – e inclusive, en ocasiones, violentamente – por la tendencia opuesta" (FERREIRA RUBIO, El derecho a la intimidad. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982, p. 29).

os racionalistas, e nem ser produto de uma prospecção histórica, como fazem os historicistas³, porque, ambos, no final, apenas identificam, dentre os inúmeros fatos históricos, qual foi o mais importante para o desenvolvimento da idéia de intimidade. E, assim, tais correntes propondo o estudo a partir do momento exato em que o homem elevou a intimidade à condição de objeto de seu pensamento desrespeitam, no mínimo, a consciência crítica do leitor e desqualificam o próprio estudo por desprestigiar todos os fatos anteriores ou posteriores ao fato escolhido.

Destarte, não se pode concordar com Miguel⁴, Luño⁵ e com Doneda⁶ de que a intimidade é decorrente de um fato ou

³ Segundo Miguel "En torno al problema del origen de la intimidad se han formulado diversas teorías. Una primera, que podría denominarse 'racionalista' sitúa el alba de este derecho en el período del racionalismo y de la Ilustración en conexión con el ascenso de la burguesía. La otra, que prodía llamarse 'histórica', se remonta más atrás en la historia para buscar el origen de este concepto" (CARLOS RUIZ MIGUEL, La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Madrid: Tecnos, 1995, p. 30).

⁴ Apesar de Miguel avançar na discussão sobre a origem da intimidade pela análise do surgimento do fenômeno, da idéia e do direito à intimidade pelo manejo de dados históricos, antropológicos e filosóficos, o mesmo prefere crer que a reflexão sobre a intimidade remonta ao Cristianismo e, mais especificamente, à idéia de obrigação cristã exposta por Santo Agostinho, apesar de admitir que o fenômeno da intimidade se fez presente em todas as sociedades humanas (apesar das variações em sua conformação concreta), que algumas civilizações desenvolveram elementos da idéia de intimidade e que a reflexão sobre a intimidade pode remontar à especulação sobre a liberdade decorrente da correlação entre o sentimento de propriedade e a idéia de territorialidade. Neste sentido Miguel afirma que "La concepción de una sociedad cristiana universal transmitida por los Padres de la Iglesia a la Edad Media difería fundamentalmente de la antigua idea de una comunidad universal que había prevalecido en la antigüedad pre-cristiana en que dividía la lealtad y la obediencia entre dos ideales y dos gobiernos. El cristianismo añadió a la exigencia de justicia en el Estado terreno la obligación de mantener una pureza de culto que hiciese de esta vida la puerta de entrada a la ultraterrena. La idea de la obligación cristiana se sobrepone a la del derecho terreno. Por encima de la ciudadanía del Estado y al lado de esta ciudadanía, colocaba la pertenencia a una compañía celestial, situando al cristiano bajo un derecho y un gobierno dobles. Este doble aspecto de la sociedad cristiana dio por resultado un problema único que acaso ha contribuido como ningún otro a las propiedades específicas del pensamiento político europeo. La creencia en la autonomía espiritual y el derecho de libertad espiritual dejó un residuo sin el cual serían muy difíciles de entender las ideas nuestras de intimidad y libertad individuales" (CARLOS RUIZ MIGUEL, La configuración constitucional del derecho a la intimidad, p. 41).

⁵ Luño prefere creditar o nascimento da idéia de intimidade ao surgimento da burguesia, no período após a desagregação da sociedade feudal. Fá-lo por entender que a necessidade de isolamento vai sendo crescente na medida que as condições sociais e econômicas conduzem ao desenvolvimento dos núcleos urbanos e à separação dos locais de trabalho e de moradia pelo aparecimento das novas formas de trabalho. Por isso, afirma Luño que "la intimidad se configura (...) como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos; aspiración que viene potenciada por las nuevas condiciones de vida", o que para o autor "explica su marcado matiz individualista, que se concreta en la reivindicación de unas facultades destina-

fator histórico isolado, porque a intimidade é produto da somatória de diversos fatores que possibilitaram o amadurecimento da idéia de intimidade pelo homem⁷.

Neste sentido, Herkenhoff⁸ e Delgado⁹ são uns dos autores que melhor explicam o surgimento da idéia de intimidade. Senão vejamos.

Herkenhoff¹⁰ afirma que a partir do momento em que são assumidas, no planeta, novas formas de convivência humana e que se torna necessária a celebração de novos pactos de convivência em razão de interesses econômicos, de tensões ideológicas, de antagonismos de classe e do maior desenvolvimento da informação passa a existir a transformação do mundo em aldeia global e a conseqüente repercussão internacional às vidas nacionais, o que faz com que o homem responda com maior paroxismo à massificação e à supremacia tecnológica sobre o privativamente humano por meio de uma nova ideologia humanista baseada na implantação de uma nova teoria de paz com base nos direitos humanos - e dentre estes o direito à intimidade.

das a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente" (ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de derecho y constitución. Madrid: Editora Tecnos, 2001, p. 322).

⁶ Doneda também credita o surgimento da privacidade, enquanto garante do isolamento e da solidão, com a realização da aspiração da classe burguesa liberal, porque, segundo este, a privacidade surge como "quase que um privilégio alcançado por alguns" (DANILO CESAR MAGANHOTO DONEDA, Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade, in Problemas de Direito Civil-Constitucional – coord. Gustavo Tepedino. São Paulo: Renovar, 2001, p. 113).

⁷ Neste sentido ver: DANILO CESAR MAGANHOTO DONEDA, Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e os direitos à privacidade, p. 113-124.

⁸ JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, Os direitos humanos e a paz. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XV, n. 60, out./dez., p. 97-128.

⁹ LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad.

¹⁰ JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, Os direitos humanos e a paz, p. 100.

Delgado¹¹, na medida em que não se fixa em um fato ou em um fator isolado para justificar o aparecimento da idéia de intimidade, pelo contrário, utilizando-se de uma perspectiva histórico-sociológica, perora a tese de que as idéias tanto da intimidade quanto da vida privada advêm do fortalecimento do individualismo, da filosofia liberal e dos fatos ocorridos entre o Renascimento e a Reforma Protestante. Mais especificamente, afirma o autor que no período clássico a intimidade carecia de relevância para o homem porque este possuía um valor coletivo exacerbado e uma desvalorização da esfera individual¹², a qual somente adquiriu expressão com o aparecimento do individualismo¹³, na medida em que este, por meio da filosofia política liberal e

¹¹ LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad, p. 38-40.

¹² Acrescenta Delgado que “lo significativo en el mundo griego es lo público, y no hay razón de necesidad biológica para la comunidad política, ésta se rige por la publicidad, que es una exigencia del fenómeno político. Así en Grecia, lo privado no era equivalente a lo particular, como asimilamos hoy en día”, o que faz com que o autor conclua que “non existe antecedente de intimidad en el sentido moderno, en el mundo griego”, porque “en su esfera privada el griego clásico no es sujeto de derechos. Su pretensión capital es la participación social, su aportación a la Polis. El hombre es tal, en cuanto que se integra en la ciudad, en cuanto que participa en la organización social. Esta concepción choca radicalmente con la concepción actual de organización social, donde el concepto de intimidad se constituye como un ámbito reservado del individuo donde pueda gozar del dominio exclusivo de sus bienes y facultades, sin interferencia alguna de autoridad u otras personas sin su consentimiento, o de cualquier otra circunstancia que perturbe el uso y disfrute de sus bienes y derechos. Para los clásicos lo público es el reino de la libertad, lo privado lo natural y necesario. Para los modernos se invierten los términos, lo público es lo necesario y lo privado el ámbito de la libertad” (LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad, p. 38). Neste mesmo sentido, Miguel adverte que “parece haber bastante acuerdo en la afirmación de que en la Grecia clásica, en la polis, se atribuye a la comunidad un valor de tal magnitud que la existencia de una esfera reservada a la vida propiamente personal del ser humano estaba, en principio, excluida” (CARLOS RUIZ MIGUEL, La configuración constitucional del derecho a la intimidad, p. 38).

¹³ Segundo Abbagnano por individualismo pode-se entender “toda doutrina moral ou política que atribua ao indivíduo humano um preponderante valor de fim em relação às comunidades de que faz parte” (NICOLA ABBAGNANO. Dicionário de Filosofia, p. 554). Segundo Mora, “em termos muito gerais, ‘individualismo’ é o nome de uma doutrina segundo a qual a realidade é composta por indivíduos, isto é, por seres individuais ou individuados, não decomponíveis em outros seres mais básicos. (...) Mais comumente entende-se por ‘individualismo’ uma doutrina segundo a qual a entidade básica em todo agrupamento humano ou em toda sociedade humana é o indivíduo, o sujeito individual, de tal modo que o agrupamento ou a sociedade são concebidos como conjunto de indivíduos” (J. FERRATER MORA, Dicionário de filosofia. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 1487).

das doutrinas religiosas cristãs¹⁴, influenciou o indivíduo a desenvolver a intimidade como aspecto importante da esfera individual. Destarte, conclui Delgado¹⁵ que

[...] la intimidad sólo es posible cuando se tiene un concepto del individuo como ente autónomo, como persona singular y única que sobresale de, o que se singulariza en la comunidad, en definitiva, dotada de autonomía. Esta circunstancia se dará en el momento en que se disgrega la sociedad feudal, 'en la que como en la polis o en la civitas del mundo antiguo, los individuos se hallaban insertos en la comunidad y vinculados entre sí por una intrincada red de relaciones, que se reflajaba en todos los aspectos de su vida cotidiana.

Especificamente quanto à influência do pensamento cristão na formação da idéia de intimidade, Luño¹⁶ descredita, expressamente, a posição de Truyol y Serra e Villanueva¹⁷ de que a idéia de intimidade surgiu com o cristianismo, por entender que a intimidade cristã está mais correlacionada com a idéia de autoconsciência da subjetividade do que com a expressão jurídica da intimidade, visto que em momento algum se expressa como conjunto de faculdades ou

¹⁴ Adverte Delgado que "será con la escolástica, con quien y por primera vez se delimite el concepto de intimidad, aislándolo de otras pretensiones, que no sean las de limitar un ámbito restringido de la persona humana, y en el cual, el elemento de voluntariedad juega un papel significativo. Sobre la base de la concepción cristiana de que la persona y su fe, es el centro de pretensiones de la sociedad, Santo Tomás representa la superación de la interioridad de San Agustín. De esta forma entiende que 'La intimidad es propia de las personas y consiste en la conciencia que cada uno de nosotros tiene como sujeto irrepetible. No es lo mismo la interioridad que intimidad. La interioridad tiene un cierto sentido espacial, la tienen todos los seres materiales. La intimidad sólo la tienen los seres racionales. Se trata del núcleo más oculto de cada persona, donde se fraguan las decisiones más propias e intransferibles'" (LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad, p. 39).

¹⁵ LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad, p. 40.

¹⁶ ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, p. 321-2.

¹⁷ A. Truyol y Serra e R. Villanueva Etchevarría, Derecho a la intimidad e informática, en ID, 1975, n. 1, p. 173, apud ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, p. 321.

poderes atribuídos a alguém. Porém, não se pode desprestigiar a influência das idéias de obrigação e de individualidade cristã e da concepção de foro interno protestante na formatação da idéia de intimidade.

Outro fator que impulsionou o surgimento da idéia de intimidade foi a discussão a cerca do conteúdo do direito de propriedade, na medida em que a doutrina, polarizando-se entre a abrangência geral e a limitação parcial do caráter patrimonial dos bens, possibilitou a identificação dos bens jurídicos que estavam ou não acobertados pelo direito de propriedade, fixando, por conseguinte, apesar da oposição de parte da doutrina¹⁸, que os direitos que estivessem ligados à personalidade não estariam no rol dos direitos patrimoniais do indivíduo, não podendo por isso serem dispostos, porque a patrimonialização destes implicaria em questões contrárias ao próprio interesse da sociedade e do indivíduo.

Assim, apesar de se poder constatar que alguns fatores impulsionaram a idéia hodierna de intimidade, é impossível determinar quais fatores reais que foram os responsáveis pelo surgimento da idéia de intimidade. Todavia,

¹⁸ Cunha firma posição contrária à não patrimonialização dos direitos da personalidade, porque entende que “pode e deve o Direito [...] regular a patrimonialização dos direitos da personalidade” e que “uma vez que o indivíduo tenha decidido pela patrimonialização de seu direito de personalidade, então pode, e deve, o direito civil regulamentar o destino desse direito, tornando bem” (ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA, Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil, in A reconstrução do direito privado – org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 260-1).

tal impossibilidade não implica na afirmação desarrazoada de que a intimidade surge como uma necessidade psicológica do indivíduo.

1.2. *Intimidade como necessidade psicológica:*

Não se pretende neste tópico a formulação de um tratado de psicologia ou o estudo sobre a natureza específica da intimidade, mas tão somente a fixação de parâmetros que forneçam novos elementos que facilitem, por fim, o entendimento sobre a questão da intimidade. Em razão disto, procurar-se-á demonstrar que a intimidade surge como produto da relação entre o homem e os outros homens, ou do próprio homem consigo mesmo, por meio da construção de uma necessidade psicológica, sem a qual o homem é incapaz de sustentar a sua própria individualidade¹⁹.

Conforme mencionado, a intimidade como uma necessidade psicológica pode ser analisada sob duas óticas: a do indivíduo perante a sociedade e a do indivíduo perante si mesmo.

¹⁹ O que por si só já garante a necessidade de regulamentação e de proteção por meio do Direito, bem como oferece material suficiente para estudo.

A intimidade, tanto na ótica do indivíduo perante a sociedade quanto na ótica do indivíduo perante si mesmo, pode ser percebida em dois sentidos: um sentido, passivo ou negativo - composto pela retirada, reclusão e efetiva intenção do indivíduo não dar conhecimento da sua vida pessoal, isto é, o indivíduo passa a ter o direito de evitar que outras pessoas tomem conhecimento de determinados assuntos que só lhe interessam - e outro, ativo ou positivo - composto pelo controle da interação, ou seja, pela liberdade de eleger o momento e o lugar para exercer a sua intimidade.

A intimidade surge como necessidade psicológica do indivíduo perante a sociedade, segundo opinião pacífica da psicologia, como demonstra Delgado²⁰, como uma necessidade social advinda da perda de controle do homem sobre tudo que o rodeia, e não de uma motivação humana fundamental como pode parecer.

Mais especificamente, a intimidade como necessidade psicológica do indivíduo perante a sociedade, enquanto derivação da perda de controle do indivíduo sobre o que lhe rodeia, decorre, apesar da crítica de Rubio²¹, sobretudo: a) da desordem comunicacional imposta pelos novos meios de co-

²⁰ LUCRÉCIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad, p. 26.

²¹ Rubio é incisiva em afirmar que "es imposible determinar con precisión cuáles son las causas de este fenómeno", a pesar de mencionar a massificação social, a concentração urbana e o intervencionismo estatal como fatores que contribuiriam para fazer mais aguda a socialização do indivíduo (FERREIRA RUBIO, El derecho a la intimidad, p. 30-1).

municação; b) da pujante massificação dos membros da sociedade pela sociedade de massas e; c) da maior exposição urbana do indivíduo na sociedade moderna. Cabe, assim, uma melhor análise de tais fatores.

A desordem comunicacional advinda dos novos meios de comunicação deriva, principalmente, da crescente quantidade de novos meios de comunicação e da propagação da indústria da informação. A sociedade da informação possibilita que empresas especializem-se em captar, ordenar e disponibilizar informações pessoais ou de grupos de pessoas, bem como sejam criadas redes de informação com o intuito de divulgar informações, pessoais ou não, no menor tempo possível. Através das redes de informação é possível que informações pessoais sejam vinculadas e emitidas sem o conhecimento e a prévia autorização do responsável, possibilitando que qualquer pessoa possa conhecer fatos da vida pessoal de um indivíduo sem que este tome conhecimento da emissão destes, bem como pode possibilitar o conhecimento dos hábitos de consumo e das preferências de cada indivíduo, até mesmo prever qual a possível escolha que o indivíduo fará quando contraposto frente a uma opção. Em razão disto, o processamento e a transmissão de informações acaba por interferir diretamente na necessidade do indivíduo em comunicar-se com os demais membros da sociedade, importando na escolha da menor divulgação de informações e na preferência em manter resguardadas determinadas informações tidas como íntimas,

isto é, a desordem na comunicação de dados faz crescer a necessidade de barreiras circunstanciais do indivíduo contra o conhecimento e possível transferência de informações privadas a outras pessoas²², o que faz com que aumente o desejo por maior intimidade do indivíduo²³.

²² Doneda afirma que a tendência de crescimento a barreiras circunstanciais do indivíduo contra o conhecimento e possível transferência de informações privadas fez com que houvesse uma transmutação da proteção da intimidade de um direito a ser deixado em paz para um direito de controlar o uso que os demais indivíduos fazem das informações que digam respeito ao indivíduo (DANILO CESAR MAGANHOTO DONEDA, *Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade*, p. 119-20). Neste mesmo sentido, Guilherme Martins afirma que a privacidade passa a ser “contemplada para além da sua definição tradicional, de matriz individualista, do ‘direito de ser deixado só’, passando seu foco ao controle, por indivíduos ou grupos, do exercício de poderes que se fundam na disponibilidade de informações, de modo a concorrer para o desenvolvimento de um equilíbrio sóciopolítico mais adequado”, o que faz com que “na sociedade da informação, prevaleçam definições funcionais da privacidade, referidas à possibilidade de um sujeito de conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo das informações que lhe dizem respeito” (GUILHERME MAGALHÃES MARTINS, *Boa fé e contratos eletrônicos via Internet*, in *Problemas de Direito Civil-Constitucional* – coord. Gustavo Tepedino. São Paulo: Renovar, 2001, p. 144-5).

²³ Segundo Malerbi, “com o trânsito da sociedade industrial à sociedade tecnologicamente avançada do final do século XX, esta se converte numa sociedade da informação. De um lado, o Estado vê-se na contingência de ter que armazenar informações sobre os cidadãos, praticamente em todos os campos das relações sociais. De outro lado, as empresas privadas (banco, empresas de seguro, água, gás ou eletricidade, as operadoras de linhas telefônicas etc.) necessitam armazenar informações sobre os usuários de seus serviços. Assim, o cidadão vê sua vida totalmente dependente da própria organização estatal e da sociedade”, o que fez com que “na sociedade democrática, tecnologicamente avançada, de nossos dias atuais, as opções ou valorações éticas e políticas obrigam os textos constitucionais a submeter cada inovação tecnológica aos valores máximos da coexistência humana. Por outras palavras, o que mais se teme hodiernamente é o custo que pode representar os progressos tecnológicos, notadamente os avanços informáticos, naquilo que pode aniquilar ou restringir o desfrute de direitos fundamentais”, e mais especificamente, segundo a autora, os direitos à intimidade e à vida privada. Tais argumentos faz com que a autora afirme que “o reconhecimento constitucional desses nossos direitos de personalidade, é exigência de garantia de uma sociabilidade plena, isto é, o direito que o homem desfruta em razão de sua dignidade, de poder não só isolar-se ou controlar o uso da própria imagem, como também de poder relacionar-se melhor com seus semelhantes, na qualidade de indivíduos livres, como autênticos cidadãos” (DIVA MALERBI, *Sigilo bancário e tributário*, in *Colóquio Internacional de Direito Tributário III*, 2001. São Paulo. Respostas às questões. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 81 e 82). Ademais, sobre a questão da desordem comunicacional, José Afonso da Silva acrescenta que o “amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 209). Rosane Schmitt aduz quanto à desordem comunicacional que: “os avanços na área das telecomunicações vêm trazendo, cada vez mais, a informação para dentro dos lares e em dupla faceta: não só transmitindo informações ao indivíduo, como, também, obtendo informações de sua vida privada, através do acesso irregular a bancos de dados com informações personalizadas” (ROSANE HEINECK SCHMITT, *Direito à informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade*, in *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado* – org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 212). Flach preceitua quanto à desordem comunicacional que: “a tecnologia hoje disponível e seu absurdo potencial de desenvolvimento, aliada à velocidade vertiginosa dos meios de comunicação, praticamente aniquilou qualquer barreira à obtenção de dados e informações as mais variadas sobre o que quer que seja, sobre quem quer que seja. As duas guerras mundiais, a guerra fria, a guerra espacial, a guerra do dinheiro, a guerra da informação, as descobertas da biologia, possibilitando o desnudamento de nosso código genético, geraram como subproduto verdadeira cultura global da bisbilhoteira, que, somada ao relativismo moral de nossos dias, representa risco severo à privacidade e intimidade dos cidadãos. Vemo-nos indefesos contra a furiosa curiosidade do Estado, das grandes corporações, e mesmo de nossos concidadãos. O modelo cultural em que vivemos faz da fofoca e da pilhéria produtos de alto consumo. Dados socioeconômicos representam fortunas nas disputas de mercado. O Estado, como depositário de informações

A massificação dos membros da sociedade pela sociedade de massa diminui sensivelmente a individualidade dos homens através da construção de paradigmas culturais de aceitação²⁴. O indivíduo passa a ter que se comportar de determinada forma para que seja aceito pelo grupo ao qual pretende se integrar, do contrário o mesmo é aliado da sociedade, passando a integrar o subcosmos dos diferentes, dos excluídos, dos não aceitos. O indivíduo, em razão disto, é obrigado a se adequar ao estereótipo da sociedade em que vive. O indivíduo passa a agir não em função das suas escolhas, mas sim das escolhas da sociedade. A massificação dos hábitos reduz a possibilidade da individualidade e,

privadas, se tem revelado extremamente vulnerável e pouco digno de confiança” (DAISSON FLACH, O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação, in A reconstrução do direito privado – org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 378). Doneda afirma que “a utilização de dados pessoais, em especial dos chamados dados ‘sensíveis’ – histórico clínico, orientação religiosa, política e sexual, histórico trabalhista e outros – em bancos de dados informatizados ornou possível a descoberta de aspectos relevantes da intimidade dos cidadãos” (DANILO CESAR MAGANHOTO DONEDA, Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade, p. 118). Bastos e Martins ressaltam que “a evolução tecnológica torna possível uma devassa da vida íntima das pessoas, insuspeitada por ocasião das primeiras declarações de direitos” (CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, Comentários à Constituição do Brasil, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 68). Wolgran Ferreira adverte que “hoje existem computadores capazes de armazenar dezenas de milhões de dados e imprimi-los em menos de cinco segundos. Chegaremos, com a informática, a termos todos os lares alcançados pela rede de computação, fato este que ocorrerá alheio, é óbvio, à vontade de morador da casa, que se vê impossibilitado de encontrar meios de defesa contra tal incursão em sua vida privada” (WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, Direitos e garantias individuais: comentários ao artigo 5º da CF/88. Bauru: EDIPRO, 1997, p. 170). De acordo com Bastos, “na época atual, as teleobjetivas, assim como os aparelhos eletrônicos de ausculta, tornam muito facilmente devassável a vida íntima das pessoas” (CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 202).

²⁴ Utiliza-se neste tópico o mesmo sentido de sociedade de massas empregado por Diez-Picazo, ou seja, que “no basta el fenómeno externo de la aglomeración o de las multitudes para que se pueda hablar de ‘masas’ y de ‘sociedades de masas’. De algún modo el hecho característico, aunque constituya una redundancia, es que la sociedad no es de personas, sino de masas. Las masas se piensan como conjuntos humanos en los cuales el hombre se integra como en ser anónimo y despersonalizado”. Assim, ter-se-á sociedade de massas, segundo Diez-Picazo, quando houver “la presencia de un gran número de individuos, en situaciones que normalmente son transitorias o esporádicas y sólo excepcionalmente son de carácter permanente” e quando houver uma “clara despersonalización de las relaciones que se traban, en las cuales en parte por obra del número y de las necesidades que el número impone domina el anonimato, que es la otra cara de la despersonalización”, i. e., haverá sociedade de massas quando “integrados en un fenómeno masivo, los individuos traban relaciones circunstanciales y lo hacen sin llegar a poseer un puntual conocimiento de la identidad de los otros con quienes las relaciones se establecen, que son así rigurosamente anónimos” (LUIS DIEZ-PICAZO, Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (dos esbozos). Madrid: Cuadernos Civitas, 1987, p. 23 e 25).

conseqüentemente, da intimidade do indivíduo porque todos passam a agir e a pensar no mesmo sentido, como autômatos desprovidos de sentimentos próprios e privados, como seres de comportamento isonômico. Ademais, Diez-Picazo²⁵ afirma que a massificação da sociedade acaba por estabelecer certa uniformidade dos indivíduos, isto é, os indivíduos passam a se sentir iguais a si mesmos na medida em que esses são impelidos a evidentes doses de despersonalização nas relações sociais e ao anonimato frente às massas em razão da supressão de toda distinção de classe ou de hierarquia e de características dos indivíduos imposta pela igualação externa dos indivíduos. Por causa disso, segundo Cunha²⁶ e Nunes Júnior²⁷, o indivíduo busca na elevação da intimidade, como necessidade psicológica, uma saída para a diminuição de sua individualidade nas sociedades de massa.

Por último, a sociedade moderna fez com que o homem saísse do campo e migrasse para os centros urbanos em busca de melhores condições de vida (idéia esta que é exemplo de estereótipo das sociedades de massa, na medida em que tal idéia foi "vendida" pela simples necessidade de se ter mais mão-de-obra e mais consumo nos centros urbanos), o que fez com que o indivíduo estivesse submetido a uma maior exposição na sociedade. O homem que antes vivia disperso em

²⁵ LUIS DIEZ-PICAZO, Derecho y masificación social. Tecnologia y Derecho Privado (dos esbozos), p. 25.

²⁶ ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA, Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil, p. 238.

²⁷ VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística. São Paulo: FTD, 1997, p. 90.

grandes áreas passou a conviver num espaço reduzido com uma maior quantidade de indivíduos. O espaço moderno já não é único ou privado, mas, sim, coletivo ou público. O indivíduo para exercer a sua intimidade passa a recorrer a expedientes que diminuam o contato com os demais membros da sociedade, o que possibilita o surgimento dos limites privados de propriedade como última esfera do único, do íntimo. Porém, a maior exposição do indivíduo faz com que tais espaços privados sejam constantemente invadidos por outras pessoas, o que acaba por aumentar a necessidade de preservação da intimidade a qualquer custo²⁸.

Tem-se, assim, conforme Comparato²⁹, que tais fatores se não forem completados pela harmonização ética, fundada nos direitos humanos, "tende à desagregação social, em razão do fatal prevalectimento dos mais fortes sobre os mais fracos", ou; segundo Delgado³⁰, que tais fatores fazem com que o homem anseie por uma maior individualização de sua pessoa, bem como pela ampliação da esfera privada através do individualismo frente ao coletivismo (primazia do privado frente ao público), visto que tanto maior ou menor será

²⁸ Delgado cita Gómez Jacinto y Hombrados Mendieta para evidenciar que os "sujetos sometidos a una mayor exposición urbana (elevada densidad de población interior y exterior, ruido, suciedad, transportes públicos, restricciones espaciales, etc) tendrán un menor sentido de comunidad y mayor de privacidad" (Gomez Jacinto, L. y Hombrados Mendieta, M^a. I: 'Sentido de comunidad y privacidad'. Revista de Psicología Social. Vol. 7 de 1992, p. 214 apud LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad, p. 26).

²⁹ FÁBIO KONDER COMPARATO, A afirmação histórica dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 37-8.

³⁰ LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad, p. 26.

a necessidade de intimidade do indivíduo quanto maior ou menor a exposição deste a estes fatores³¹.

Logo, a correlação entre intimidade e exposição do indivíduo é aritmética e diretamente proporcional.

A intimidade enquanto necessidade psicológica do indivíduo frente a si mesmo resulta da indispensabilidade de ocultação do verdadeiro eu frente aos demais membros da sociedade, isto é, a intimidade surge como um manto opaco ou uma máscara que, envolvendo o que realmente o indivíduo é, molda uma melhor imagem do sujeito para que este se apresente aos demais, a fim de que estes não venham a conhecer os defeitos, o real caráter e a verdadeira personalidade daquele. Dessa forma, o indivíduo precisa da intimidade, como necessidade psicológica própria, para preservar-se no meio social. Destarte, o indivíduo se serve da intimidade para ser aceito e incluído na sociedade.

Neste sentido, Aieta³² afirma que, pelo mundo contemporâneo encontrar-se em crise devido o processo de degradação do valor da pessoa humana, "o homem precisa da intimidade para se preservar, do controle e da vigilância,

³¹ Afirma Delgado que a intimidade não é um instinto, mas sim uma necessidade socialmente criada, já que sem sociedade não haveria necessidade de intimidade, vez que entende que "la intimidad es en esencia una consecuencia social, de la misma forma que los es la libertad" (LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad, p. 31).

³² VÂNIA SICILIANO AIETA, A garantia da intimidade: como direito fundamental. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 44 e ss.

oriundos do coletivo" e que por isso "somente na intimidade, o ser humano manifesta o seu verdadeiro eu". Em razão disto, segundo a autora, os indivíduos morreram para o "público", por meio de mentiras e de falsidades, para preservar o seu verdadeiro eu, o que fez com que os indivíduos passassem a sofrer de intensa angústia devido à necessidade dos mesmos em expungir, no processo de autodescobrimento, quaisquer interferências externas do mundo adjacente às suas respectivas essências livres, sendo que tal angústia somente é sobrelevada quando o indivíduo transcende por meio da introspecção.

Warren e Brandeis³³ e Sousa³⁴ preferem creditar que o distanciamento do indivíduo do mundo é devido à intensidade e a complexidade dos avanços sociais, bem como da convenção da intimidade e da solidão como elementos essenciais à pessoa. Apesar disso, Warren e Brandeis³⁵, coadunam com Aieta³⁶, que a invasão da intimidade pelos novos modos e inventos causa no indivíduo um sofrimento espiritual e uma angústia, os quais são muito maiores do que a angústia ocasionada por danos pessoais.

Por tudo isso, conclui-se que a intimidade surge para o indivíduo como uma necessidade psicológica de manter

³³ SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, *El derecho a la intimidad*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 27.

³⁴ RABINDRANATH V. A. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 316-7.

³⁵ SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, *El derecho a la intimidad*, p. 27.

³⁶ VÂNIA SICILIANO AIETA, *A garantia da intimidade: como direito fundamental*.

protegido o seu verdadeiro eu do restante da sociedade, ou seja, de preservar a sua essência das inúmeras pressões do mundo coletivo.

1.3. Concepção filosófica de intimidade:

Estabelecer um conceito filosófico de intimidade é uma tarefa das mais difíceis, não só pela dificuldade demonstrada por Delgado³⁷ de se estabelecer limites concretos e universalmente válidos em razão da multiplicidade e da variedade social e cultural humana, mas também pelo caráter abstrato da idéia de intimidade.

Deve-se ter em mente, desde já, que se admite intimidade como uma idéia, e não como algo físico, material, perceptível pelos sentidos físicos. Intimidade é, portanto, algo espiritual, abstrato, somente sentido e percebido pela atividade intelectual humana, ou seja, a intimidade não pode ser tocada ou sentida fisicamente pelo indivíduo como um objeto concreto. Assim, a noção de intimidade expressa algo que representa os traços da pessoa humana como "pessoa espiritual", e não como ente físico, porque a intimidade representa um dos traços identificadores de espectro do homem e, não da constituição material do indivíduo. Dessa forma,

³⁷ LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad, p. 27.

é difícil expressar algo que não seja perceptível pelos sentidos físicos, mas somente pelo intelecto.

Apesar de tais dificuldades incoativas, tentar-se-á dá início à atividade conceptual filosófica de intimidade pela apresentação e discussão de suas feições essências.

Mora³⁸ afirma que o conteúdo de intimidade decorre diretamente do sentido de "íntimo", na medida em que intimidade é a expressão superlativa deste, ou seja, íntimo revela algo que é muito interior ao homem, enquanto que intimidade expressa algo de interioridade extrema. De tal sorte, algo que goza de intimidade é muito mais íntimo ao indivíduo do que algo que seja simplesmente íntimo. A intimidade é, portanto, a última esfera, o núcleo recôndito dos elementos íntimos do indivíduo.

Entretanto, intimidade e íntimo são figuras diversas, logo não se pode identificar intimidade como sendo algo muito íntimo ou o íntimo em grau máximo.

Dessa forma, afasta-se o pensamento de Mora³⁹ por entender-se que não se pode conceituar intimidade pela graduação do que seja íntimo, posto que se o assim se fizesse estar-se-ia diferenciando dois elementos de mesmo conteúdo.

³⁸ J. FERRATER MORA, Dicionário de Filosofia, Tomo II, p. 1548-9.

³⁹ J. FERRATER MORA, Dicionário de Filosofia, Tomo II.

Em outro sentido, Delgado⁴⁰ afirma que sendo a intimidade não uma questão de consciência ou de sujeito, mas sim de atualização ou de re-atualização daquilo na qual a pessoa consiste e subsiste, não se pode falar de intimidade sem a correspondência desta com as noções de liberdade (radicada na pessoa) e vontade (intencionalidade do indivíduo), as quais inspirando no indivíduo as idéias de auto-propriedade (a pessoa pertence a si mesma, o que implica que a pessoa está cerrada em si mesma e em certa medida incomunicável, isto é, a pessoa é singular e independente frente a qualquer outro ser), de auto-responsabilidade (que compreende a capacidade da pessoa atuar livremente) e de autofinalidade (que engloba a capacidade da pessoa atuar e pensar por si mesma, se autoconfigurando) fazem com que o homem construa a sua intimidade como um âmbito de vida, no qual vive *sui iuris*, conforme a sua idéia e sua concepção de privado. Vê-se, assim, que o autor identifica intimidade não como algo espiritual interiorizado no indivíduo, mas sim como produto da liberdade e da vontade do indivíduo de moldar um estilo de vida no qual estabelece de forma própria a sua forma de agir, de se conduzir e pensar.

Em razão disto, afirma Delgado⁴¹ que a confirmação da intimidade é de livre constituição pelo indivíduo, o

⁴⁰ LUCRECIO REBOLLO DELGADO, *El derecho fundamental a la intimidad*, p. 29-30

⁴¹ LUCRECIO REBOLLO DELGADO, *El derecho fundamental a la intimidad*, p. 27.

qual pode graduá-la em infinitas gradações, desde a anulação da pessoa individualmente considerada, na dissolução desta na sociedade, até a absoluta solidão ou isolamento, pela maximização do indivíduo como ser singular.

Na mesma linha existencialista proposta por Delgado⁴², Aieta⁴³ sintetiza os principais argumentos do existencialismo⁴⁴ e os relaciona com a questão da intimidade, para afirmar que o homem busca na manutenção de sua individualidade e proteção do seu verdadeiro eu e de suas vontades na sacralização e proteção de sua intimidade e; que a intimidade seria, então

[...] um fenômeno cultural, criação humana, destinada a minorar os conflitos existentes nas relações entre a esfera pública e a esfera privada, com fins de assegurar uma convivência justa, solidária e pacífica entre todos os homens⁴⁵.

1.4. Distinção entre intimidade, vida privada e privacidade:

⁴² LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad.

⁴³ VÂNIA SICILIANO AIETA, A garantia da intimidade: como direito fundamental, p. 46.

⁴⁴ De acordo com Mora “abusou-se tanto do vocábulo ‘existencialismo’ que, como indicaram vários autores próximos dessa tendência (entre eles, Sartre), ele não significa mais nada”, e por causa disto “deve-se limitar a aplicação do vocábulo a uma certa época e, dentro disso, a certas correntes ou atitudes filosóficas”. Em razão disto esclarece o autor que “a primeira coisa que a filosofia existencial faz – ou, melhor, que o homem que pensa e vive existencialmente faz – é recusar-se a reduzir seu ser humano, sua personalidade, a uma entidade qualquer. Não se pode reduzir o homem a ser um animal racional, mas tampouco a ser um animal social, ou a um ente psíquico ou biológico. A rigor, o homem não é nenhum ‘ente’, porque é antes um ‘existente’ (e, sem rodeios, ‘este existente’). O homem não é, pois nenhuma substância, suscetível de ser determinada objetivamente. Seu ser é um constituir-se a si próprio” (J. FERRATER MORA. Dicionário de filosofia, Tomo II, p. 963).

⁴⁵ VÂNIA SICILIANO AIETA, A garantia da intimidade: como direito fundamental, p. 46.

1.4.1. Posicionamentos doutrinários quanto à distinção dos conceitos de vida privada, intimidade e privacidade:

É dominante na doutrina que os termos intimidade, vida privada e privacidade gozam de conteúdos distintos⁴⁶, sendo, portanto, termos inconfundíveis⁴⁷, apesar de ser difícil a sua distinção⁴⁸.

Em razão disto, apresentar-se-ão diversos posicionamentos na doutrina quanto à identificação dos termos, a

⁴⁶ Apesar de ser dominante na doutrina a posição de que os termos vida privada, intimidade e privacidade são diferentes e possuem significados distintos, não se pode deixar de lado a advertência de Sampaio de que a doutrina pode ser dividida entre os pluralistas e os unitaristas; ou, em outro sentido, também, nos que procuram identificar os termos vida privada, intimidade e privacidade pela negação, isto é, pela descrição dos elementos que não sejam ou que não estejam contidos naqueles outros dois conceitos, para, conseqüentemente, poder encontrar o significado do outro conceito ou nos que ainda se distraem na busca dos conceitos daqueles termos (JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 226).

⁴⁷ Neste sentido ver: JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, *Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 92-9; ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 437-8 e 446-7; LUCIANA MABILIA MARTINS, *O direito civil à privacidade e à intimidade*, in *A reconstrução do direito privado* – org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 343-4; LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 109-10; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 205; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 145-6; SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 21; RENÉ ARIEL DOTTI, *O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data*, in *Habeas Data* – coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1998, p. 314; JULIANA GARCIA BELLOQUE, *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37; CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 529.

⁴⁸ Neste sentido ver: CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, p. 71; JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, *Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais*, p. 92; EDSON FERREIRA DA SILVA, *Direito à intimidade*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 34; WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, *Direitos e garantias individuais: comentários ao artigo 5º da CF/88*; SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*, p. 21-6.

fim de se encontrar posicionamento que melhor identifique a distinção entre aqueles termos.

Luciana Martins⁴⁹ afirma que, apesar dos termos intimidade e vida privada possuírem conceitos abstratos distintos, operacionalmente ambos os termos são empregues para designar o mesmo recorte jurídico. Porém, Luciana Martins⁵⁰ prefere crer que o termo vida privada identifica a "individualidade do homem não só diante de outros indivíduos e da sociedade, mas também diante do Estado", ou seja, vida privada é o

[...] espaço em que predominam as forças de criação e imaginação do homem com liberdade, seja apenas para reflexões introspectivas, seja para intercâmbios sociais, em que opta quanto à forma de atuar;

enquanto que a intimidade significa o que seja íntimo ou interior ao indivíduo.

Tavares⁵¹ não identifica diretamente o que seja privacidade, somente o faz com os termos intimidade e vida privada; quanto àquele, prefere, pelo contrário, fixar o conteúdo do direito à privacidade. Dessa forma, afirma Tavares⁵² que por intimidade se entende tudo aquilo "quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e de agir" e por vida privada é tudo a-

⁴⁹ LUCIANA MABILIA MARTINS, O direito civil à privacidade e à intimidade.

⁵⁰ LUCIANA MABILIA MARTINS, O direito civil à privacidade e à intimidade, p. 344.

⁵¹ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional.

⁵² ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 437-8.

quilo que diga respeito "ao modo de ser, de agir, enfim, o modo de viver de cada pessoa"; enquanto que afirma que o direito à privacidade comportaria "toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e, até mesmo, da personalidade da pessoa humana", ou seja, o direito à privacidade seria o direito de um sujeito escolher divulgar ou não o seu conjunto de dados pessoais (aqui entendidos como todos os dados decorrentes da vida familiar, doméstica ou particular do cidadão que envolvam fatos, atos, hábitos, pensamentos, segredos, atitudes e planos de vida). Disto resta a conclusão, de que para o autor a privacidade é o conjunto de dados pessoais, englobando tanto a intimidade, quanto a vida privada, quanto a honra e a imagem dos indivíduos.

Fagundes Júnior⁵³ procura diferenciar intimidade de vida privada pelo estabelecimento do conteúdo destes termos, apesar de advertir que os termos vida privada e intimidade apresentam um conteúdo mutável no tempo e no espaço em razão, sobretudo, da oscilação dos fatores sócio-culturais e tecnológicos que lhe constroem o significado, e; também por entender que a tentativa de definir de forma absoluta os conceitos de vida privada e intimidade, a despeito da validade prática destes para a dogmática jurídica, implica em uma imobilização que caminha em "direção diame-

⁵³ JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais.

tralmente oposta à natureza móvel que lhes é inerente”⁵⁴, porque identificar o critério prático que promova a distinção dos exatos limites entre aqueles somente é possível pela fixação de um conceito de exclusão. Destarte, Fagundes Júnior passa a afirmar que a intimidade é constituída pela “realidade que abarca as entranhas do ser humano, suas mais particulares vontades”⁵⁵, enquanto que a vida privada, apesar da amplitude de interação com a intimidade, englobaria e absorveria esta, completando-a.

Em sentido similar ao de Fagundes Júnior⁵⁶, Silva⁵⁷ também se posiciona favorável à dificuldade de estabelecimento de um conceito sobre os termos vida privada, intimidade e privacidade porque compreende, também, que estes conceitos são ligados a fenômenos sócio-psíquicos, os quais variam no tempo e no espaço. Entretanto, Silva⁵⁸ reconhece que é possível determinar e identificar em cada situação os mutáveis, imprecisos, inconstantes e diversificados valores sociais que identificam aqueles termos. Em razão disto, não se exime Silva⁵⁹ em propalar que a intimidade é “o sentimento das pessoas, a respeito das questões que elas não se in-

⁵⁴ JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais, p. 92.

⁵⁵ JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais, p. 98-9.

⁵⁶ JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais.

⁵⁷ EDSON FERREIRA DA SILVA, Direito à intimidade.

⁵⁸ EDSON FERREIRA DA SILVA, Direito à intimidade, p. 34.

⁵⁹ EDSON FERREIRA DA SILVA, Direito à intimidade, p. 38.

comodam de participar aos outros e daquelas outras que preferem manter sob certa reserva”.

Vieira⁶⁰ também admite que exista uma dificuldade de distinção entre os conceitos de intimidade e de vida privada porque tais conceitos gozam de uma extensão e de um conteúdo impreciso e, também, porque tais conceitos contêm interesses subjacentes de caráter eminentemente subjetivo (por isso, mutáveis no tempo e no espaço), ou, nas palavras da autora, “é difícil precisar os contornos do que deve ser tutelado em termos de vida privada e intimidade, pois os valores de uma sociedade se modificam de tempo em tempo; de cultura a cultura; de lugar a lugar”⁶¹. Apesar destas considerações, Vieira⁶² entende que por vida privada pode se entender o gênero ou a esfera que concentra o sentido de intimidade, esta concebida como espécie daquela ou como o círculo contido dentro daquele.

Araujo e Nunes Júnior⁶³, partindo do pressuposto de que a vida social dos indivíduos se divide em duas esferas: a pública e a privada, estabelecem que a privacidade engloba “os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral” (aqui entendido entre os níveis de relacionamento, os referentes à vi-

⁶⁰ SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos.

⁶¹ SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos, p. 13-.

⁶² SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos.

⁶³ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, curso de direito constitucional.

da familiar, às aventuras amorosas, ao lazer e aos segredos dos negócios), enquanto que a intimidade corresponde ao lugar "onde se fixa uma divisão linear entre o 'eu' e os 'outros', de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos".

Para Farias⁶⁴ a intimidade é "o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só"⁶⁵. Quanto ao termo vida privada, esclarece o autor que este é empregue com dualidade de sentidos: um amplo e outro restrito; na acepção ampla equivale ao termo intimidade - isto é, refere-se ao campo de proteção daquela parte da personalidade que se deseja ver preservada do conhecimento público -, enquanto que na acepção restrita, equivale tão-só a "apenas uma das esferas da intimidade"⁶⁶. Esclarece ainda Farias⁶⁷ que a intimidade seria composta pela descrição pessoal aos acontecimentos e desenvolvimentos relacionados a vida do sujeito (como, por exemplo, as confidências, os informes ou dados de ordem pessoal, as lembranças de família, a sepultura, a vida amorosa ou conjugal, a saúde física e mental, as afeições, os entretenimentos, os costumes domésticos e as atividades ne-

⁶⁴ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.

⁶⁵ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 137.

⁶⁶ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 145.

⁶⁷ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 142.

gociais etc.), os quais são reservados para si ou compartilhados com a família ou com um pequeno grupo de amigos.

José Afonso da Silva⁶⁸ distingue vida privada de intimidade por entender que esta compreende o conjunto de todas as informações acerca do indivíduo, o qual pode "decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições"⁶⁹, enquanto que aquela é integrada pela "esfera íntima da pessoa, porque é o repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo", apesar de a Constituição brasileira de 1988 ter dado mais destaque ao conceito, fazendo-o ser entendido de forma abrangente como o "direito do indivíduo viver a sua própria vida" ou de ser a parte da vida interior que se "debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos"⁷⁰. Entretanto, José Afonso da Silva⁷¹, diversamente aos demais autores transcritos, afirma que, apesar de se considerar a diversidade dos conceitos, as terminologias vida privada, intimidade e privacidade são imprecisas, preferindo utilizar a expressão privacidade de forma genérica e ampla, abarcando todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade.

⁶⁸ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo.

⁶⁹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 205.

⁷⁰ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 207.

⁷¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo.

Para Alexandre de Moraes⁷² os termos vida privada e intimidade apresentam grande interligação, apesar deste apresentar menor amplitude e se encontrar no âmbito de incidência daquela. Com base nisso, afirma que intimidade está diretamente relacionada "às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade", enquanto que a vida privada "envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc."⁷³.

Godoy⁷⁴ também compreende que os conceitos de intimidade, de vida privada e de segredo guardam entre si verdadeira relação de gênero e espécie, ou seja, que o segredo e a intimidade estão contidos na vida privada, bem como que o segredo estaria contido no círculo da intimidade.

Sousa⁷⁵, diversamente dos demais autores, prefere admitir que somente exista a intimidade da vida privada, a qual além de conter a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e seus respectivos acontecimentos e trajetórias, comporta, ainda,

[...] outras camadas intermediárias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meios

⁷² ALEXANDRE DE MORAES, Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2003.

⁷³ ALEXANDRE DE MORAES, Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, p. 224.

⁷⁴ CLAUDIO LUIZBUENO DE GODOY, A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48-50.

⁷⁵ RABINDRANATH V. A. CAPELO DE SOUSA, O direito geral de personalidade.

de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais e de demais elementos privados da actividade profissional e económica, bem como também, *last but not the least*, a própria reserva sobre a individualidade privada do homem no seu ser para si mesmo, v. g., sobre seu direito a estar só e sobre os caracteres de acesso privado do seu corpo, da sua saúde, da sua sensibilidade e da sua estrutura intelectual e volitiva⁷⁶.

1.4.2. Posição adotada para distinguir os conceitos de vida privada, intimidade e privacidade:

Em razão dos posicionamentos doutrinários expostos, admite-se nesta dissertação que vida privada, privacidade e intimidade, bem como o segredo⁷⁷, fazem parte de uma mesma esfera de vida do indivíduo - a esfera privada. Sendo que, a esfera privada pode ser entendida como sinónimo de vida privada, na medida em que vida privada contrapõe-se à vida pública na justa proporção em que a esfera privada contrapõe-se à esfera pública de relacionamento dos indivíduos; bem como, deve ser entendida a privacidade como tudo aquilo que acontece na esfera privada, ou seja, que não es-

⁷⁶ RABINDRANATH V. A. CAPELO DE SOUSA, O direito geral de personalidade, p. 318-25.

⁷⁷ Belloque afirma que o segredo é "um estado de fato protegido pelo Direito: o estado de discrição ou reserva quase absolutas, ou seja, o titular da informação deseja restringir a sua transmissão a terceiros e o faz por uma vontade juridicamente relevante, em razão de uma disposição legal ou da própria natureza do fato", bem como que "o conteúdo dos segredos pode variar entre 'atos, lugares, situações, acontecimentos, objetos, escritos ou simples pensamentos que se tem o direito de ocultar ou de não revelar'" (JULIANA GARCIA BELLOQUE, Sigilo bancário, p.58-60).

tá posta ao conhecimento da possível totalidade do público. Ademais, deve-se ter em mente que a esfera privada é composta pelas subespécies da intimidade e do segredo, sendo que entre aquela e a vida privada existe uma área que não faz parte nem da própria intimidade, nem do segredo, mas tão-só da vida privada.

Não obstante tais conclusões, entende-se que os conjuntos de elementos contidos em cada um daqueles subcírculos que integram a esfera privada são passíveis de inúmeras formatações porque identificá-los está diretamente ligado a identificar os valores da esfera privada existentes em uma dada sociedade e para cada um dos indivíduos - porque tais elementos variam no tempo e no espaço. Neste sentido, cabe a afirmação de que os sentidos, enquanto enumeração de elementos, de vida privada, privacidade e intimidade são mutáveis, no tempo e no espaço, e instáveis, porque são variáveis os círculos continentes em razão da cada concepção psicológica. Porém, pode-se afirmar que a diferença entre os elementos que compõem os círculos da vida privada, da intimidade e do segredo e, conseqüentemente, a diferença entre tais círculos é possível, apesar de ser meramente ideal.

Dessa forma, o que diferencia os círculos da vida privada, da intimidade e do segredo é somente o grau de recolhimento psicológico dado pelo indivíduo aos fatos. Quan-

to maior a necessidade de afastamento psicológico dos fatos do conhecimento dos demais indivíduos, mais este elemento estará perto do núcleo do círculo da esfera privada; e quanto menor a necessidade de afastamento, mais à margem do círculo da esfera privada estará contido tal elemento. E, em razão disto, pode-se afirmar que quanto mais perto do núcleo do círculo da esfera privada um elemento estiver, maior será a possibilidade deste elemento está contido no círculo do segredo, da mesma forma que quanto mais perto da margem da esfera privada, maior será a possibilidade deste elemento está na zona privada e não está contido na zona da intimidade.

Ademais, cabe mencionar que os elementos contidos nas linhas divisórias entre os círculos são os elementos mais instáveis e mutáveis; ora apresentam-se como pertencentes a um conteúdo de uma das esferas, ora como de outra. Por isso, acha-se melhor não incluir estes elementos em nenhuma das esferas, mas sim, numa área de penumbra.

Embasam a posição escolhida as lições de Barbeitas⁷⁸ e de Sampaio⁷⁹ de que os elementos que representam a vida privada, a intimidade e a privacidade variam de acordo com a corrente doutrinária perfilhada. Por exemplo. Se adepto da corrente unitarista, os conceitos podem ser forne-

⁷⁸ ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55-8.

⁷⁹ JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica.

cidos de forma taxonômica, ora descrevendo os ataques à vida privada (como, por exemplo, a intromissão na vida pessoal e reservada, a revelação de fatos privados embaraçosos, a publicidade que expõe a pessoa sob uma perspectiva falsa ou em desacordo com a realidade, o uso comercial de aspectos da personalidade); ora em linguagem normativa descrevendo as condutas violadoras de atributos da intimidade e da vida privada, ora apresentando os estados, elementos, zonas ou aspectos da intimidade e da vida privada; ora recorrendo às fontes normativas. Se adepto da corrente unitária, a intimidade e a vida privada significam o estar só, a tranqüilidade e a paz de espírito; ora como o conjunto de informações pessoais submetidas a um regime jurídico de contenção (seja como exclusão do conhecimento alheio, seja como controle de informação pessoal, seja como controle do, ou limitação ao acesso pessoal); ora como o espaço pessoal em que não se admitem interferência e intromissão externas; ora como sinônimos de autonomia. Se adepto ao enfoque negativo, os conceitos de vida privada, intimidade e privacidade, são fornecidos pela contraposição do conceito de vida pública, logo, seriam pertencentes àqueles termos tudo aquilo que não fosse pertencente à vida pública. Se adepto enfoque positivo dado pela doutrina à delimitação dos conceitos de vida privada, intimidade e privacidade é identificado pelas teorias da vontade (aqui entendida o privado como aquilo que o indivíduo não quer compartilhar com os demais), da qualidade (aqui dividida em sentido funcional -

ou em razão da função ou do papel social da pessoa envolvida - ou no sentido objetivo-subjetivo) e das esferas.

Em razão de todo o exposto, deve-se mencionar que a posição escolhida aproxima-se em muito com o entendimento da doutrina alemã - exposto por Farias⁸⁰, Belloque⁸¹ e por Vieira⁸² - de que a intimidade é vislumbrada sobre três esferas: (a) Privatsphäre ou esfera da vida privada (a mais ampla das esferas), a qual abarca todas as matérias relacionadas a notícias e expressões que o indivíduo deseja excluir do conhecimento dos terceiros; (b) Vertrauensphäre ou esfera confidencial, na qual se inclui tudo aquilo que o indivíduo leva ao conhecimento de outro de sua confiança, ficando excluído dessa participação o público em geral e as pessoas pertencentes ao ciclo da vida privada e familiar, e; (c) Geheimsphäre ou esfera do secreto, que compreende os assuntos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à natureza extremamente reservada dos mesmos.

Por fim, deve-se concordar com Belloque⁸³ e com Fagundes Júnior⁸⁴ de que, apesar de o legislador constituinte ter - mediante prescrição do inciso X do art. 5º - fixado que os termos vida privada e intimidade são distintos e i-

⁸⁰ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 140.

⁸¹ JULIANA GARCIA BELLOQUE, Sigilo bancário, p. 39-40.

⁸² SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos, p. 24-6.

⁸³ JULIANA GARCIA BELLOQUE, Sigilo bancário, p.48.

⁸⁴ JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais, p. 92.

nequívocos, cabe, pelo silêncio do legislador infraconstitucional, à jurisprudência fixar, de forma satisfatória e adequada, o preenchimento de tais conceitos à luz do caso específico⁸⁵.

⁸⁵ Adverte ainda Fagundes Júnior que não se admite que os termos vida privada e intimidade não sejam inequivocamente distintos, visto que do contrário teria a doutrina que explicar o porquê do legislador constituinte ter se reportado àqueles como institutos distintos (JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, *Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais*, p. 98).

2. DIREITOS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE:

2.1. *Direitos da Personalidade:*

2.1.1. *Personalidade e Pessoa: termos incoativos à noção de direitos da personalidade:*

A análise do que são os "direitos da personalidade" é dificultada por inúmeras razões. Ramos¹, por exemplo, ressalta que ainda há inúmeras discussões e divergências quanto à definição e delimitação em relação a outros direitos que também se referem de forma direta ou indireta à personalidade, enquanto que Moraes² afirma que a desenfreada inclusão dos direitos da personalidade acaba por desorientar a doutrina em razão da imensidade de conceitos, pluralidade de caracteres e de expressões. França³ endossa tal posição, por afirmar que, a despeito de cerca de um século da definição doutrinária sobre os direitos da personalidade, tais direitos apresentam-se ainda em evolução, guardan-

¹ ERASMO R. RAMOS, Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 91, vol. 799, maio, 2002, p. 12-15.

² WALTER MORAES, Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 73, vol. 590, dez. 1984, p. 14-24.

³ R. LIMONGI FRANÇA, Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 72, vol. 567, jan., 1983, p. 09; Direitos privados da personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 55, vol. 370, ago., 1966, p. 20; Institutos de proteção da personalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 57, vol. 391, maio, 1968, p. 20.

do-se, assim, indefinidos e inacabados. No mesmo sentido, Godoy⁴ afirma que os direitos decorrentes da personalidade ainda se remontam não sistematizados, apesar do reconhecimento da capacidade e da dignidade da pessoa, da capacidade desta de se autodeterminar, de se guiar e de se desenvolver. Herkenhoff⁵ pontua que a dificuldade da exploração do tema é advinda, sim, das divergências dos doutrinadores a respeito da própria existência, natureza, extensão e especificação dos direitos da personalidade; do caráter relativamente novo da construção teórica dos direitos da personalidade; da ausência de uma conceituação global definitiva, e; de haver ângulos diferentes (público e privado) sobre o mesmo tema pelo direito positivo. Por fim, Gomes⁶ enfatiza que os direitos de personalidade - por causarem profundas hesitações na doutrina no que se refere ao seu conceito, natureza, conteúdo e extensão - "carecem de estruturação doutrinária capaz de permitir se coordenem harmonicamente e, condições que possibilitem a redução a uma figura unitária de suas múltiplas e diversas manifestações".

Segundo Moraes⁷ o ponto em comum entre os vários direitos da personalidade é o direcionamento de todos para

⁴ CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, p. 22.

⁵ JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, Os direitos humanos e a paz, p. 106.

⁶ ORLANDO GOMES, Direitos de personalidade. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano III, n. 11, set., 1966, p. 40.

⁷ WALTER MORAES, Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 16.

a idéia de "personalidade" ou de "pessoa", que a compreende ou nela está compreendida.

Em razão disto, preferiu-se adotar como prolusão ao estudo dos direitos da personalidade a análise dos termos "personalidade" e "pessoa", visto que o entendimento destes termos facilitará a compreensão da expressão "direitos da personalidade", bem como das demais questões aprofundadas que venham ressurtir nesta dissertação⁸.

Ressalva-se, antes de qualquer coisa, que não se esguardará neste trabalho quaisquer conceitos ou definições sobre os termos "personalidade" e "pessoa" propostos pelas demais ciências do conhecimento humano. Limitar-se-á tal dissertação, tão-somente, a análise dos conceitos jurídicos fornecidos pela doutrina. Tal ressalva é imposta porque se espraiando pelos prolegômenos correr-se-ia o risco de aferir-se a questões menores, não tão importantes à dissertação ora proposta.

Transpassados tais averbamentos, passar-se-á à análise dos termos sobreditos.

⁸ Tal posicionamento procura alinhar-se com a posição defendida por Reale, porque, também, credita-se, de acordo com este autor, à compreensão da idéia de pessoa o caráter fundamental para o domínio do Direito (MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 232).

Quanto ao termo *pessoa*, deve-se, antes de tudo, ter em mente a ressalva de Ludwig⁹ de que o termo *pessoa* nem sempre possuiu a mesma significação porque seu sentido e seu alcance foram "condicionados historicamente pelo valor que lhe foi atribuído em diferentes épocas e locais", e que por isso, não se levará em consideração, neste trabalho, às considerações arcaicas ou superadas do que seja *pessoa*, mas, sim, tão somente a visão atualizada da doutrina sobre o conteúdo deste termo.

Segundo Reale¹⁰, *pessoa* é a

[...] dimensão ou veste social do homem, aquilo que distingue e o 'presenta' e projeta na sociedade, para que ele possa ser, de maneira autônoma, o que corresponde às virtualidades de seu ser individual. *Pessoa* é, por outras palavras, a dimensão atributiva do ser humano, ou seja, a qualificação do indivíduo como ser social enquanto se afirma e se correlaciona no seio da convivência através de laços éticos-jurídicos¹¹.

Moraes¹² entende como personalidade a "aptidão para ser sujeito de direito". Tal definição faz com que o autor conclua que ser sujeito de direito (de direitos e obrigações) é ser *pessoa*. Em razão disto afirma que "*pessoa* e su-

⁹ MARCOS DE CAMPOS LUDWIG, O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro, in *A reconstrução do direito privado* – orh. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 267-8.

¹⁰ MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito, p. 231.

¹¹ MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito, p. 231.

¹² WALTER MORAES, Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 16.

jeito, no plano jurídico, são conceitos equivalentes. Personalidade vem a ser, então, aptidão para ser pessoa; ou seja, personalidade é o **quid** que faz com que algo seja pessoa".

Montoro¹³ admite, da mesma forma como Moraes¹⁴, que as expressões "sujeitos de direitos" e "pessoa" são equivalentes, porém acrescenta que todo homem é pessoa porque todo homem é sujeito de direitos e obrigações.

Szaniawski¹⁵ reduz os conceitos de pessoa fornecidos por Moraes¹⁶ e por Montoro¹⁷, na medida em que, apesar de também identificar "pessoa" como "sujeito de direitos", afirma que somente "o ser humano, singularmente considerado" é pessoa; ou seja, que somente o homem singularmente considerado é sujeito de direitos e obrigações.

De forma igual, Rodrigues¹⁸ entende que o termo pessoa, apesar de na sua forma vulgar e em nosso cotidiano ser utilizado como sinônimo de ser humano adquire, no direito, significação própria e peculiar para designar a possibilidade de vir a ser sujeito de direito, isto é, ser ti-

¹³ ANDRÉ FRANCO MONTORO, Introdução à ciência do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 490-1.

¹⁴ WALTER MORAES, Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade.

¹⁵ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 28.

¹⁶ WALTER MORAES, Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 16.

¹⁷ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos da personalidade e sua tutela, p. 28.

¹⁸ RAFAEL GARCIA RODRIGUES, A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, in A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional – coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 01-02.

tular de um direito ou ser um dos pólos de uma dada relação jurídica. Quanto ao sentido de personalidade, Rodrigues afirma que esta pode ser entendida sob dois sentidos, o primeiro como sendo a possibilidade de um indivíduo (aqui entendido segundo o autor como não apenas o homem em si, mas também as empresas, associações, fundações e todos e quaisquer agrupamentos de indivíduos aos quais o direito conferir personalidade) poder atuar no cenário jurídico como sujeito de direito e obrigações e; o segundo, como valor objetivo, associado à expressão do ser humano, interesse central do ordenamento e bem juridicamente relevante, isto é, a personalidade adquire neste sentido a expressão do "valor ético emanado do princípio da dignidade da pessoa humana e da consideração pelo direito civil do ser humano em sua complexidade"¹⁹.

Cifuentes²⁰ estabelece outra linha de pensamento, na medida em que afirma que o termo pessoa comporta um conteúdo (idéia de homem) e uma forma qualitativa, isso é, uma qualidade (composta pela personalidade atribuída pelo direito), ou seja, "persona' es acto y potencia. Comprende la idea de sujeto y de aptitud para serlo". Em razão disto, afirma o autor que pessoa é a realidade-homem conceituada de um modo especificamente jurídico.

¹⁹ RAFAEL GARCIA RODRIGUES, A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, p. 02-03.

²⁰ SANTOS CIFUENTES, Derechos personalísimos. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 134-41.

Ramos²¹ afirma que o sentido de personalidade "opõe-se à acepção de generalidade e expressa a singularidade, a independência, a vida autônoma de um ente". Destarte, conclui o autor que juridicamente personalidade é "tida neste mesmo sentido, caracterizando ou individualizando a entidade (pessoa física ou jurídica) com aptidão a ser sujeito ativo e passivo de direito"; sendo que para o autor a personalidade está subdividida em três planos: um físico, um intelectual e outro moral.

No tocante ao termo personalidade, Szaniawski²² estabelece posição diversa à de Moraes²³ e à de Ramos²⁴, porque entende por personalidade a "aptidão para exercer direitos e contrair obrigações, reconhecidas pela ordem jurídica", ou seja, "a capacidade de um homem ter direitos e obrigações". Ressalta ainda, por fim, que a personalidade é parte do indivíduo, isto é, "é a parte que lhe é intrínseca, pois através dela, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens. É da personalidade que emanam os demais bens jurídicos". Esclarece que por personalidade compreende-se o "conjunto de caracteres do próprio indivíduo".

²¹ ERASMO R. RAMOS, Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha, p.15.

²² ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos da personalidade e sua tutela, p. 35.

²³ WALTER MORAES, Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 16.

²⁴ ERASMO R. RAMOS, Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha, p.15.

Jabur²⁵ e Herkenhoff²⁶ endossam a posição de Szaniawski²⁷ no atinente ao conceito de personalidade, uma vez que também adotam a posição de que a personalidade é apenas uma aptidão para o exercício de direitos e a contração de obrigações.

Quanto ao conceito de personalidade, Montoro²⁸ diverge dos conceitos fornecidos por Ramos²⁹ e por Moraes³⁰, porque acrescenta ao conceito de personalidade a aptidão para ser sujeito de obrigações; bem como, diverge da posição de Szaniawski³¹ e de Jabur³², porque qualifica como "fundamental" a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações.

Em sentido similar ao de Montoro³³, Reale³⁴ afirma que personalidade é: "a capacidade in abstracto de ser sujeito de direitos ou obrigações, ou seja, de exercer determinadas atividades e de cumprir determinados deveres decorrentes da convivência em sociedade".

²⁵ GILBERTO HADAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada – conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

²⁶ JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, *Os direitos humanos e a paz*, p. 114.

²⁷ ELIMAR SZANIAWSKI, *Direitos da personalidade e sua tutela*, p. 35.

²⁸ ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Introdução à ciência do direito*, p. 492.

²⁹ ERASMO R. RAMOS, *Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha*, p.15.

³⁰ ³⁰ WALTER MORAES, *Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade*, p. 16.

³¹ ELIMAR SZANIAWSKI, *Direitos da personalidade e sua tutela*, p. 35.

³² GILBERTO HADAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada – conflitos entre direitos da personalidade*, p. 29.

³³ ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Introdução à ciência do direito*, p. 492..

³⁴ MIGUEL REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 232.

Maria³⁵ afirma que todo relacionamento jurídico para se configurar necessita de três elementos: sujeito, objeto ou bens e o fato jurígeno do direito. No que se refere ao sujeito, afirma o autor que é este a quem se reconhecem prerrogativas e faculdades, desempenhando a função de titular do direito. Sendo que para que este possa exercer tais direitos necessita estar unido da qualidade que enfeixa uma soma de poderes e deveres, isto é, deve possuir personalidade. Assim, para o referido autor, personalidade é a "aptidão genérica para a aquisição de direitos e assunção de obrigações". Ademais, o autor afirma, em contraposição a Szaniawski³⁶, que na conceituação do que seja "personalidade" não se pode entender o homem como figura isolada, mas, sim, como indivíduo em sociedade, por causa dos interesses coletivos. Destarte, conclui o autor que por personalidade civil pode-se entender a "qualidade essencial a todo ser humano, individualmente ou agrupado em entidades morais, para aceitar e dispor de direitos, bem como assumir deveres conseqüentes ou correlatos, conferidos e assegurados pela ordem jurídica preconstituída", sendo a capacidade o condicionamento relativo à intensidade do exercício³⁷.

³⁵ JOSÉ SERPA DE STA MARIA, *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. São Paulo: Julex, 1987, p. 20 e 22.

³⁶ ELIMAR SZANIAWSKI, *Direitos da personalidade e sua tutela*, p. 35.

³⁷ Afirma Maria que "a personalidade significa o homem jurídico num estado estático (...) enquanto a capacidade é o homem jurídico no estado dinâmico" (JOSÉ SERPA DE STA MARIA, *op. cit.*, p. 22).

Diniz³⁸ corrobora o pensamento de Maria³⁹ no tocante ao conceito de personalidade, ou seja, também identifica a personalidade como sendo a "aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações".

Sousa⁴⁰ prefere entender a personalidade não como uma aptidão, mas, sim, como um atributo que o ente tem de exercer direitos e assumir compromissos.

De outra borda, De Cupis⁴¹ iguala a personalidade à capacidade jurídica para, em seguida, sublinhar que apesar da doutrina geralmente identificar a personalidade como sendo a "susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas", a personalidade nada tem haver com os direitos e as obrigações em si, sendo, tão-somente, mera "essência de uma simples qualidade jurídica", porque a capacidade jurídica constitui a pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto.

Todavia, Cifuentes⁴² contesta a posição de De Cupis⁴³, ou seja, não admite a igualdade entre os termos personalidade e capacidade, porque entende ser impossível tal

³⁸ MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 462.

³⁹ JOSÉ SERPA DE STA MARIA, *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*.

⁴⁰ DANIEL COELHO DE SOUSA, *Introdução à ciência do direito*. Belém: CEJUP, 1994, p. 245.

⁴¹ De Cupis acrescenta que "óbvio é que, enquanto simples susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, deve ser algo diferentes destes; mas para ser 'susceptibilidade' é ao mesmo tempo fundamento sem o qual os mesmos direitos e obrigações não podem subsistir. Não se pode ser sujeito de direitos e obrigações se não se está revestido dessa susceptibilidade, ou da qualidade de 'sujeito'" (ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, p. 13 e 15).

⁴² SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, p. 143.

⁴³ ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 13 e 15.

igualdade em razão do conceito de personalidade não admitir as possibilidades de graduação, limitação ou extensão suportadas pelo conceito de capacidade; além do que, afirma ainda o autor que o conceito de capacidade é um conceito que expressa dinâmica, enquanto que o de personalidade expressa estática (personalidade, segundo o autor, "es más bien de situación, de estática pura, de existencia elemental: existe o no; se es con ella, o sin ella no se es"). Apesar de tal entendimento, afirma o autor que em grau extremo tais termos possuem certa correlação, porque, apesar de tais termos não se confundirem, um ente sem nenhum tipo de capacidade de direito é um ente sem personalidade⁴⁴. Em razão disto, afirma que personalidade é a qualidade jurídica formal, invariável e objetiva que aderindo à substância "homem" a faz evoluir para a condição de pessoa; portanto, personalidade é o complexo de faculdades correspondentes a quem é pessoa, ou seja, personalidade é a capacidade em geral de ter direitos, isto é, é o pressuposto de todos os direitos, e, por isso, também o é o pressuposto dos direitos sobre a própria pessoa⁴⁵.

Freire de Sá⁴⁶ vai além à identificação do que seja personalidade. Relaciona a autora à personalidade com o

⁴⁴ Neste sentido, o autor afirma que "la personalidad es un prius y la capacidad un posterius. Se es persona porque se tiene personalidad, luego, debe haber un mínimo de capacidad. Cuando falta totalmente aquella, como tiene condición de presupuesto, han de faltar también la aptitud, los otros atributos, todos los derechos, la persona misma" (SANTOS CIFUENTES, Derechos personalísimos, p. 143).

⁴⁵ SANTOS CIFUENTES, Derechos personalísimos, p 152 e 197.

⁴⁶ MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ, Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com alterações pela Lei n. 10.211/01. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23.

conjunto de caracteres do próprio indivíduo, isto é, personalidade é a "parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade".

De outra borda, Godoy⁴⁷ e Jabur⁴⁸ enfatizam que não se pode confundir a noção de personalidade em si com a de direitos da personalidade, na medida em que a personalidade em si não representa propriamente um direito, ou seja, não há um direito à personalidade, mas sim direitos imanentes da personalidade que visam desenvolver a integralidade da personalidade humana através da garantia da projeção da dignidade humana. Entretanto, desde já, ressalva-se que a relação entre dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade será mais bem abordada em outro tópico desta dissertação.

Destarte, pode-se concluir que *pessoa* é o caráter atribuído ao sujeito de direito e de obrigações e que *personalidade* é, grosso modo, a aptidão, a capacidade ou o atributo para o exercício de direitos e a contração de obrigações. Assim, a personalidade é o atributo que possibilita ao homem evoluir à condição de pessoa para exercer direitos e contrair obrigações, ou seja, a personalidade é o comple-

⁴⁷ CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, 25.

⁴⁸ GILBERTO HADAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada – conflitos entre direitos da personalidade, p. 29-30.

xo de faculdades que gera no indivíduo a capacidade abstrata de ser sujeito de direitos e de obrigações.

2.1.2. Delimitação do conceito de direitos da personalidade:

2.1.2.1. A Diversidade de denominações:

Segundo Weinert⁴⁹ o estudo dos "direitos da personalidade" é povoado por inúmeras dificuldades, sendo a principal dificuldade a pluralidade de denominações empregues pela doutrina para designar aqueles direitos, vez que segundo a autora tais direitos são denominados, ora por direitos da pessoa ou por direitos subjetivos essenciais (Tobeñas), ora por direitos da personalidade (Gierke, Ferrara), ora por direitos à personalidade, ou direitos essenciais, ou direitos fundamentais da pessoa (Ravá, Gangi), ora por direitos individuais (Kohler, Gareis), ora por direitos pessoais (Wachter, Bruns) e ora por direitos personalíssimos (Pugliati, Rotondi)⁵⁰.

⁴⁹ IDUNA E. WEINERT, O direito da personalidade como direito natural geral. Revista de Informação Legislativa. Brasília, Senado Federal, ano XXVII, n. 108, out./dez., 1990.

⁵⁰ IDUNA E. WEINERT, O direito da personalidade como direito natural geral, p. 221

Szaniawski⁵¹ e Herkenhoff⁵² constatam, também, que a denominação de tais direitos não é uníssona na doutrina e na jurisprudência.

Segundo Gomes⁵³, a diversidade de conceitos atesta a dificuldade de formulação de um conceito, a qual é agravada pela heterogenia dos direitos da personalidade e pela controvertida fundamentação.

Apesar de serem inúmeras as denominações propostas pelos doutrinadores para descrever os direitos advindos da personalidade, tais denominações podem ser divididas em quatro grupos, em razão da sua utilização recorrente pela doutrina e pela jurisprudência, a saber: grupo um, "*direitos de personalidade*" (Miranda⁵⁴, Paulo Ferreira da Cunha⁵⁵, Gomes⁵⁶, Silva⁵⁷, Ramos⁵⁸, Luciana Martins⁵⁹, Freire de Sá⁶⁰ e Herkenhoff⁶¹ - cabendo a ressalva que este autor somente identifica estes direitos como sendo direitos da personalidade quando enfocados sob o prisma do Direito civil, vez que quando vistos sob o ângulo do relacionamento com o Es-

⁵¹ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos da personalidade e sua tutela, p. 36.

⁵² JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, Os direitos humanos e a paz, p. 106.

⁵³ ORLANDO GOMES, Direitos da personalidade, p. 41.

⁵⁴ JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional. Lisboa: Coimbra Editora, 1997.

⁵⁵ PAULO FERREIRA DA CUNHA, Teoria da Constituição, vol. II – direitos humanos direitos fundamentais. Lisboa: Editora Verbo, 2000.

⁵⁶ ORLANDO GOMES, Direitos de personalidade.

⁵⁷ EDSON FERREIRA DA SILVA, Direitos de personalidade – os direitos de personalidade são inatos? Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 82, vol.694, ago., 1993.

⁵⁸ ERASMO R. RAMOS, Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha.

⁵⁹ LUCIANA MABILIA MARTINS, O direito civil à privacidade e à intimidade, p. 339.

⁶⁰ MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ, Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com alterações da Lei n. 10.211/01.

⁶¹ JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, Os direitos humanos e a paz, p. 107.

tado adquirem o status de liberdades públicas); grupo dois, "direitos privados da personalidade" (França⁶², Mattia⁶³); grupo três, "direitos personalíssimos" (Delgado⁶⁴, Cifuentes⁶⁵), e; grupo quatro, "direitos da personalidade" (Bittar⁶⁶, De Cupis⁶⁷, Chaves⁶⁸, Godoy⁶⁹, Jabur⁷⁰, Moraes⁷¹, Muniz e Oliveira⁷², Moacyr de Oliveira⁷³, Santos Neto⁷⁴, Maria⁷⁵, Szaniawski⁷⁶, Weinert⁷⁷, Farias⁷⁸).

Credita-se a não contestação das denominações empregues pela doutrina nesta exposição a dois motivos: o primeiro e mais superficial, é o carácter dissertativo desta, o qual tem como apanágio a mera identificação das posições doutrinárias⁷⁹, e; o segundo e mais relevante, é a sin-

⁶² R. LIMONGI FRANÇA, Direitos privados da personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização.

⁶³ FÁBIO MARIA DE MATTIA, Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista de Direito Civil. São Paulo: RT, ano 2, n. 3, jan./mar., 1978.

⁶⁴ LUCRÉCIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad.

⁶⁵ SANTOS CIFUENTES, Derechos personalísimos.

⁶⁶ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁶⁷ ADRIANO DE CUPIS, Os direitos da personalidade.

⁶⁸ ANTÔNIO CHAVES, Direitos da personalidade e dano moral. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 84, vol. 712, fev., 1995.

⁶⁹ CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.

⁷⁰ GILBERTO HADAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada – conflitos entre direitos da personalidade.

⁷¹ WALTER MORAES, Concepção tomista da pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade.

⁷² FRANCISCO J. DE F. MUNIZ et JOSÉ L. C. DE OLIVEIRA, O Estado de direito e os direitos da personalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 69, vol. 532, fev., 1980.

⁷³ MOACYR DE OLIVEIRA. Evolução dos direitos da personalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 58, vol. 402, abr., 1969.

⁷⁴ JOSÉ A. DE PAULA SANTOS NETO, Direitos da pessoa e direitos da personalidade ou estado da pessoa, direitos de estado, direito ao Estado e direitos da personalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 84, vol. 719, set., 1995.

⁷⁵ JOSÉ SERPA DE STA MARIA, Direitos da personalidade e a sistemática civil geral.

⁷⁶ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos da personalidade e sua tutela.

⁷⁷ IDUNA E. WEINERT, O direito da personalidade como direito natural geral.

⁷⁸ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.

⁷⁹ Cabe frisar que o carácter dissertativo deste trabalho científico não implica na impossibilidade de se criticar, ressaltar ou se opor a quaisquer pensamentos exteriorizados por quaisquer autores, nacionais ou não, ou postos em uso pelos legisladores ou demais operadores do direito. Contudo, o presente autor não se vê na obrigatoriedade de fazer críticas desmedidas ou infundadas a quaisquer pontos de vista que não tragam quaisquer benefícios práticos ao conteúdo e desenvolvimento desta dissertação.

gularidade de conteúdos expressos pelas inúmeras denominações utilizadas pela doutrina, a qual será ponto de análise no tópico seguinte.

2.1.2.2. A singular diversidade de conceitos dos "direitos da personalidade":

Transpassada a análise da diversidade de denominações empregues pela doutrina, passar-se-á a análise dos conceitos formulados pelos doutrinadores para designar os direitos da personalidade.

Bittar⁸⁰ afirma que existem direitos previstos no ordenamento jurídico que sendo reconhecidos à *peessoa humana*, tanto isoladamente considerada quanto nas suas projeções na sociedade, objetivam a defesa dos valores inatos ao *homem*⁸¹, isto é, todos os direitos positivos que resguardem, dentre outros valores, a vida, a higidez física, a intimidade, a honra e a intelectualidade do indivíduo. Tais direitos quando contrapostos a outros indivíduos recebem, segundo o autor, a denominação de *direitos da personalidade*,

⁸⁰ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 13-23.

⁸¹ Segundo o autor os direitos da personalidade são extensíveis aos nascituros, desde a concepção, e às pessoas jurídicas, em razão da previsão expressa do ordenamento jurídico privado brasileiro (v. Código Civil). Especificamente, quanto aos direitos da personalidade das pessoas jurídicas, estas fazem jus aos direitos intrínsecos à sua essencialidade, ou seja, goza dos direitos da personalidade referentes ao nome, à marca, a símbolos e à honra (CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 13).

ou seja, a gama de direitos que visam proteger todos os valores ligados ao indivíduo pode ser descritos como direitos da personalidade⁸².

De Cupis⁸³ transpassa a idéia de Bittar⁸⁴, na medida em que afirma que não somente os direitos que visem a proteger os valores ligados ao indivíduo são direitos da personalidade, mas sim que todos os direitos podem ser chamados de direitos da personalidade, vez que todos os direitos destinam-se a dar conteúdo à personalidade. Porém, ressalva o autor que no linguajar jurídico a expressão *direitos da personalidade* é utilizada para designar somente os "direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o 'minimum' necessário e imprescindível aos seus conteúdos", isto é, segundo o autor, emprega-se a expressão *direitos da personalidade* para identificar a gama de direitos essenciais sem os quais a pessoa não existiria como tal, porque identificam a própria perso-

⁸² "Diferentes nomes recebem os direitos em causa, frente à perspectiva de análise, verificando-se, como mais comuns, os seguintes: 'direitos do homem', 'direitos fundamentais da pessoa', 'direitos humanos', 'direitos inatos', 'direitos essenciais da pessoa', 'liberdades fundamentais' e, especialmente, 'direitos da personalidade'.

(...)

Divisam-se, assim, de um lado, os 'direitos do homem' ou 'direitos fundamentais' da pessoa natural, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. Incluem-se, nessa categoria, normalmente, os direitos: à vida; à integridade física; às partes do corpo; à liberdade; o direito de ação.

De outro lado, consideram-se 'direitos da personalidade' os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens. Inserem-se, nesse passo, geralmente, os direitos: à honra; ao nome; à própria imagem; à liberdade de manifestação de pensamento; à liberdade de consciência e de religião; à reserva sobre a própria intimidade; ao segredo; e o direito moral de autor, a par de outros.

Os primeiros constituem os direitos físicos do homem, em relação à sua essencialidade material, ao passo que os demais abrangem os aspectos intelectual e moral da pessoa humana.

(...)

Por direitos do homem, ou da personalidade, devem entender-se aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição. São – como anotamos – os direitos naturais, ou inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado, e inerentes à natureza livre do homem" (CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 22-3).

⁸³ ADRIANO DE CUPIS, Os direitos da personalidade, p. 17.

⁸⁴ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade.

nalidade dos indivíduos. Assim, para referido autor, os direitos da personalidade são o rol de direitos que representam a personalidade do indivíduo.

Neste mesmo sentido, Farias⁸⁵ ensina que os direitos da personalidade são os direitos que "constituem o *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, sendo próprios da pessoa em si, como ente humano". Ou seja, os direitos da personalidade são aqueles que "concedem um poder às pessoas para proteger a essência de sua personalidade e suas mais importantes qualidades". Ademais, cabe ressaltar que Farias⁸⁶ prefere creditar que o objeto dos direitos da personalidade são os modos de ser físicos e morais da pessoa, ou, "os bens mais essenciais do ser humano"⁸⁷.

Delgado⁸⁸ afirma que os direitos da personalidade "configuran la esencia de la persona, son innatos a ella, no siendo simples atributos o cualidades de ésta. Si al ser humano lo desposeemos de esta configuración desfiguramos el concepto unitario de persona". Assim, o autor prefere crer que os *direitos da personalidade ou personalísimos* visam garantir os atributos correspondentes e integrantes da es-

⁸⁵ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 131-2.

⁸⁶ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.

⁸⁷ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 131-2.

⁸⁸ LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad, p. 111-16.

sência da pessoa, ao invés de creditar tais direitos como essenciais⁸⁹.

De forma similar, Miranda⁹⁰ afirma que os direitos da personalidade são

[...] posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; são condições essenciais ao seu ser e devir; revelam o conteúdo necessário da personalidade; são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objecto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica.

Apesar de Silva⁹¹ também creditar aos direitos da personalidade à representação dos direitos "que estão ligados de forma permanente, íntima e indelével a cada pessoa", o mesmo exprobra o uso do termo *essencial* utilizado de forma direta por DE Cupis⁹² e por Farias⁹³ e, indiretamente, por Delgado⁹⁴ e Miranda⁹⁵. Tal crítica é realizada pelo autor porque o mesmo entende que tal termo quando utilizado para designar os direitos da personalidade constitui mera força

⁸⁹ Entretanto, a melhor análise do pensamento do autor possibilita identificar a simetria deste com o pensamento exteriorizado por De Cupis, na medida em que: sendo os direitos da personalidade correspondentes à idéia de pessoa, segundo o autor, tais direitos são essenciais à idéia de pessoa, posto que sem tais direitos a pessoa juridicamente constituída deixa de ser pessoa.

⁹⁰ JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 55-6.

⁹¹ EDSON FERREIRA DA SILVA, Direitos da personalidade – os direitos de personalidade são inatos?, p. 23.

⁹² ADRIANO DE CUPIS, Os direitos da personalidade.

⁹³ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 131-2.

⁹⁴ LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad.

⁹⁵ JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV.

de expressão ou forma hiperbólica de enfatizar a importância desses direitos, uma vez que tais direitos não são essenciais, porque "uma vez sem eles, ou sem o objeto sobre o qual eles incidem, ninguém perde a condição de pessoa". Além do que, segundo o autor, por essencial deve se entender a qualidade ou atributo sem o qual algo deixa de existir ou de se constituir como era antes quando detinha tal atributo⁹⁶.

Cifuentes⁹⁷ também critica a utilização do adjetivo essencial para identificar os direitos da personalidade, porém o faz por outro motivo. Não admite a utilização do qualificativo por entender que existem direitos essenciais que não são direitos da personalidade. Por isso, prefere o autor conceituar os direitos personalíssimos através da identificação de seus caracteres, afirmando, portanto, que os tais direitos são:

[...] derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical⁹⁸.

⁹⁶ Todavia, Silva excepciona seus argumentos a fim de demonstrar que o único direito da personalidade que possui o atributo de essencial é o direito à vida, visto que a falta deste implica no fim da personalidade humana, porque "o ente humano sem vida deixa de ser ente humano" (EDSON FERREIRA DA SILVA, Direitos da personalidade – os direitos de personalidade são inatos?, p. 23).

⁹⁷ SANTOS CIFUENTES, Derechos personalíssimos, p. 194.

⁹⁸ SANTOS CIFUENTES, Derechos personalíssimos, p. 200.

De outra borda, França⁹⁹ admite que os direitos da personalidade são "faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos". Todavia, adverte o autor que os *direitos da personalidade* num sentido lato também contêm, além dos próprios direitos da personalidade, os institutos de proteção à personalidade¹⁰⁰; enquanto que, num sentido estrito, comportam tão-somente os institutos de proteção, excluindo-se, portanto, os direitos privados da personalidade¹⁰¹.

De forma similar, Freira de Sá¹⁰² afirma que os direitos de personalidade são "as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial do mundo exterior".

Enquanto que, Mattia¹⁰³ identifica que "os sistemas jurídicos atuais garantem a todo ser humano certos bens ju-

⁹⁹ R. LIMONGI FRANÇA, *Direitos privados da personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização*, p. 7 (V. também R. LIMONGI FRANÇA, *Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais*, p. 09; R. LIMONGI FRANÇA, *Institutos de proteção à personalidade*, p. 21).

¹⁰⁰ Procurando esclarecer a diferença entre direitos privados da personalidade e os institutos de proteção à personalidade, França afirma que "os direitos da personalidade são também, numa visão larga da matéria, institutos de proteção à personalidade, pois decorrem de disposições específicas de lei e, quando não, da consagração na doutrina e na jurisprudência, das quais defluem faculdades subjetivas, que têm por escopo a salvaguarda dos direitos das pessoas sobre si mesmas ou sobre manifestações específicas da personalidade". Conclui, por fim, que "esses direitos e os institutos de proteção em sentido estrito, pertencem, pois, efetivamente, ao mesmo campo do objeto sobre o qual as pessoas exercem o seu poder jurídico" (R. LIMONGI FRANÇA, *Institutos de proteção à personalidade*, p. 21).

¹⁰¹ Jabur critica a posição de França, o qual, segundo aquele, abarcou em seu conceito somente os aspectos físico e moral dos direitos da personalidade, não fazendo referência expressa à essencialidade, ou imprescindibilidade, que os tornam preponderantemente indisponíveis e fora do comércio (GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*, p. 89).

¹⁰² MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ, *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos*, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com alterações da Lei n. 10.211/01, p. 23.

¹⁰³ FÁBIO MARIA DE MATTIA, *Direitos da personalidade: aspectos gerais*.

rídicos em decorrência do simples fato de sua existência", sendo que tais bens são:

[...] *direitos inerentes à própria pessoa humana e constituem prerrogativas ou faculdades que permitem a cada ser humano o desenvolvimento de suas aptidões e energias tanto físicas como espirituais, que constituem o conteúdo essencial da personalidade*¹⁰⁴.

Utilizando-se também da idéia de bens jurídicos, Maria¹⁰⁵ afirma que os direitos da personalidade são os:

[...] *atinentes à utilização e disponibilidade de certos atributos inatos ao indivíduo, como projeções bio-psíquicas integrativas da pessoa humana, constituindo-se em objetos (bens jurídicos), assegurados e disciplinados pela ordem jurídica imperante.*

Em sentido diverso, Gomes¹⁰⁶ prefere identificar o rol de direitos que visam a "proteger a pessoa humana contra práticas e abusos atentatórios de sua dignidade" como *direitos de personalidade*. Adota tal posição por entender que não é a personalidade o objeto desses direitos, mas sim o fundamento de todos os direitos.

¹⁰⁴ FÁBIO MARIA DE MATTIA, *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 37-9.

¹⁰⁵ JOSÉ SERPA DE STA MARIA, *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*, p. 33.

¹⁰⁶ ORLANDO GOMES, *Direitos de personalidade*, p. 42.

Nos mesmos moldes, Freire de Sá¹⁰⁷ também se posiciona no sentido de entender os direitos de personalidade enquanto faculdades jurídicas destinam-se a resguardar a dignidade da pessoa humana contra atentados.

Ramos¹⁰⁸ coaduna com o pensamento de Gomes¹⁰⁹ e de Freire de Sá¹¹⁰, no que se refere ao objetivo dos direitos da personalidade, a saber: proteção da esfera pessoal do indivíduo. Porém, quanto ao objeto de proteção, difere do pensamento destes, vez que afirma que tais direitos servem de proteção à personalidade, e não à dignidade. Em razão disto, afirma Ramos¹¹¹ que o direito da personalidade é:

[...] o direito que tutela (direito objetivo e posteriormente subjetivo) às relações jurídicas nas quais a personalidade é tida como objeto de litígio, ou seja, casos nos quais a personalidade venha a ser ameaçada ou ferida por outrem", isto é, são direitos da personalidade todos aqueles direitos que "afetem a própria personalidade de forma direta ou indireta e que devem ser exercitados pela própria pessoa violada.

Em sentido similar ao de Gomes¹¹² e de Ramos¹¹³, Martins¹¹⁴ entende que os direitos da personalidade têm como

¹⁰⁷ MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ, Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com alterações da Lei n. 10.211/01, p. 23.

¹⁰⁸ ERASMO R. RAMOS, Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha, p. 12.

¹⁰⁹ ORLANDO GOMES, Direitos de personalidade.

¹¹⁰ MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ, Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com alterações da Lei n. 10.211/01.

¹¹¹ ERASMO R. RAMOS, Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha, p. 15.

¹¹² ORLANDO GOMES, Direitos de personalidade.

¹¹³ ERASMO R. RAMOS, Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha.

"objetivo primordial a integridade das pessoas em qualquer campo da vida e do relacionamento humano".

De outra forma, Jabur¹¹⁵ admite que:

[...] os direitos personalíssimos são, pois, direitos subjetivos privados fora do comércio, alguns adquiridos com o simples fato do nascimento (liberdade, privacidade e direito moral do autor), outros coexistentes com a concepção (vida, integridade física, honra, imagem e identidade pessoal), independente da vontade de cada um, irrenunciáveis e excepcionalmente transmissíveis aos sucessores, de conteúdo não-patrimonial, mas com reflexo pecuniário, que possibilitam o desfrute das faculdades do corpo e do espírito, essenciais ao bem-estar, e que encerram, por isso, categoria autônoma, a ponto de não serem absolutamente disponíveis e de merecerem, sem intervenção humana, como nenhum outro direito merece, o predicado da inexpropriabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade¹¹⁶.

Destarte, verifica-se que os conceitos fornecidos pela doutrina guardam em si certa semelhança, para não dizer completa similitude. Veja-se. Todos os conceitos fornecidos procuram de certa forma identificar elementos (a saber: valores, direitos, aspectos, atributos, essência, conteúdo etc.) que compõem, configuram ou identificam elemen-

¹¹⁴ LUCIANA MABILIA MARTINS, O direito civil à privacidade e à intimidade, p. 339.

¹¹⁵ GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade.

¹¹⁶ GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade, p. 94.

tos inerentes, inatos ou essenciais à idéia de indivíduo ou de pessoa. Grosso modo, os conceitos carreados afirmam que os direitos da personalidade são os direitos que identificam a essência e a substância do homem pela descrição de elementos inatos e inerentes à personalidade do homem, ou seja, as definições propostas, apesar de se expressarem por formas diversas, identificam como direitos da personalidade os elementos que configuram a essência (isto é, respondem a pergunta o que é?) do indivíduo pela fixação da substância (isto é, identificam a definição do que seja a resposta do que é) do que seja personalidade. Portanto, independentemente de se afirmar que os direitos da personalidade são os direitos que visam "*a defesa dos valores inatos ao homem*" (cf. Bittar¹¹⁷), ou os direitos que visam "*configurar a essência da pessoa*" (cf. Delgado¹¹⁸) ou, até mesmo, "*revelar o conteúdo necessário da personalidade*" (cf. Miranda¹¹⁹), todos os autores mencionados identificam o conteúdo dos direitos da personalidade com a fixação da essência do homem e a determinação da substância do que seja personalidade, uma vez que, conforme visto alhures, a personalidade é a substância do indivíduo, mesmo quando se referem aos direitos da personalidade como direitos que visam a "*proteção da pessoa humana contra práticas e abusos atentatórios de sua dignidade*" (cf. Gomes¹²⁰ e Ramos¹²¹), vez que a proteção se dá com

¹¹⁷ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade.

¹¹⁸ LUCRÉCIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad.

¹¹⁹ JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV.

¹²⁰ ORLANDO GOMES, Direitos de personalidade.

o intuito de zelar, indiretamente, pela incolumidade da essência da substância do homem, apesar de, diretamente, resguardar a pessoa pela proteção de sua dignidade¹²².

2.1.2.3. Proposta de denominação: direitos da personalidade:

Empregar-se-á neste estudo a denominação "*direitos da personalidade*".

Tal escolha, acima de tudo, caracteriza-se pela transplantação dos critérios fixados pela legislação complementar que versa sobre elaboração, redação, alteração e a consolidação das leis para a elaboração e redação desta dissertação.

A Lei Complementar n. 95, em seu art. 11 prevê que para obtenção de clareza (inciso I) a legislação deve utilizar palavras e expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se deve empregar a nomenclatura própria da área em que

¹²¹ ERASMO R. RAMOS, Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha.

¹²² Bittar afirma que o caráter dogmático dos direitos da personalidade é expresso por serem ínsitos à pessoa, em razão de sua própria estruturação física, mental e moral, o que faz com que tais direitos funcionem como essência na formação da medula da personalidade dos indivíduos; implicando a sua ausência na irrealização de todos os demais direitos subjetivos dos indivíduos pela não completude da própria personalidade do homem (CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p.24-5).

se esteja legislando (alínea "a"); bem como para obter-se precisão (inciso II), deve-se articular a linguagem, seja técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que se evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma (alínea "a"), e, também, expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímias (alínea "b").

Dessa forma, uma vez que a Lei n. 10.406 de 2002 (Código Civil) utilizou em seu Capítulo II a designação "*Dos Direitos da Personalidade*" para conter os direitos analisados neste tópico, acredita-se, por bem, que a melhor designação é *direitos da personalidade*. Utilizar-se-á tal designação, portanto, para possibilitar maior precisão e clareza ao tema ora tratado. Assim, afastam-se quaisquer outras denominações empregues pela doutrina para discriminar tais direitos.

2.1.3. A natureza dos direitos da personalidade:

Mais especificamente quanto à natureza dos direitos da personalidade, Szaniawski¹²³ afirma que há uma dualidade de questionamentos. O primeiro questionamento é o de

¹²³ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos da personalidade e sua tutela.

serem os direitos da personalidade direitos subjetivos ou não. O segundo questionamento diz respeito à natureza em si dos direitos da personalidade.

Destarte, utilizar-se-á a metodologia de pesquisa fornecida por Szaniawski¹²⁴ para identificar a natureza dos direitos da personalidade.

2.1.3.1. Os direitos da personalidade são direitos subjetivos ou não?

Antes de se inquirir sobre os elementos que possibilitem a solução da querela acima mencionada, torna-se necessário a delimitação do que seja *direito subjetivo*, porque segundo Luño¹²⁵:

[...] la polémica deja, además, en la penumbra la propia significación histórica del derecho o los derechos de la personalidad, que difícilmente puede ser captada sin encuadrarla en la propia evolución de la teoría del derecho subjetivo¹²⁶.

¹²⁴ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos da personalidade e sua tutela.

¹²⁵ ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de derecho y constitución.

¹²⁶ ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de derecho y constitución, p. 320.

Apesar da crítica quanto à análise por parte da doutrina dos conceitos de *direito objetivo* e de *direito subjetivo*¹²⁷, Miranda¹²⁸ adverte a *latere* que:

[...] direito objetivo é a regra jurídica, antes, pois, de todo direito subjetivo e não-subjetivado”, porque o “direito objetivo é fato do mundo político, que leva às fronteiras do mundo jurídico que o causa e que o compõe, - pois que da incidência do direito objetivo (=das regras jurídicas) é que resultam os fatos jurídicos, o mundo jurídico. Direito subjetivo já é efeito dos fatos jurídicos¹²⁹.

Souza¹³⁰ afirma que a noção de direito subjetivo é uma das mais antigas na teoria do Direito, a qual tem como origem o direito romano e a distinção empregue por esse ao *jus norma agendi* (direito como norma de agir) e ao *jus facultas agendi* (direito como faculdade de agir). Assim, entende o autor que por direito subjetivo pode-se entender o direito como faculdade, apesar de ressaltar que não se pode compreender direito subjetivo que não esteja repousado em norma, bem como direito objetivo que não resulte em faculdades¹³¹.

¹²⁷ Miranda afirma que “aqueles juristas (e são tantos) que discutem a distinção entre direito objetivo e direito subjetivo procedem como se discutissem a distinção entre fogo e cinza, entre a corrente do rio e a erosão das margens” (PONTES DE MIRANDA, Sistema de ciência positiva do direito. Campinas: Bookseller, 2000, p. 285, Tomo II).

¹²⁸ PONTES DE MIRANDA, Sistema de ciência positiva do direito, Tomo II.

¹²⁹ PONTES DE MIRANDA, Sistema de ciência positiva do direito, Tomo II, p. 285.

¹³⁰ DANIEL COELHO DE SOUZA, Introdução à ciência do direito.

¹³¹ Acrescenta o autor que os direitos subjetivos apresentam manifestações diversas. A primeira manifestação do direito subjetivo revela-se pelo corolário da liberdade jurídica, vez que se “alguém, pretendendo impôr (sic) a uma pessoa certo comportamento ou limitar a sua autonomia em área não coberta pelo ordenamento jurídico, afronta o direito subjetivo desta à liberdade jurídica”. A segunda manifestação do direito subjetivo se dá quando “entre duas pessoas se estabelece uma relação que dá a uma delas a faculdade de exigir da outra a prática ou a abs-

Segundo Ferraz Júnior¹³² a dicotomia entre direito objetivo e subjetivo surge da ambigüidade do termo direito, visto que tal termo procura identificar, por um lado, que o direito é um fenômeno objetivo, isto é, um dado cultural composto por normas e instituições que não pertence a alguém na sociedade, e, por outro lado, que o direito também é um fenômeno subjetivo, na medida em que estabelece relações entre os sujeitos e faz destes titulares de poderes, obrigações ou faculdades. Em razão disto, o autor estabelece, numa concepção dogmática, que direito subjetivo é “o poder ou domínio da vontade livre do homem, que o ordenamento protege e confere”¹³³.

Machado¹³⁴ sintetiza o conceito de direito subjetivo como sendo o direito de alguém, ou seja, é a norma ou o conjunto de normas, visto em sua subjetividade, vale dizer,

tenção de um ato”, na medida em que “a pessoa que tem a faculdade de exigir é titular de um direito subjetivo; [enquanto que] a outra é titular de um dever jurídico” (neste sentido, expressa-se por meio de uma potestã. A terceira manifestação do direito subjetivo se dá “quando ele se apresenta como poder de criação e de extinção de relações jurídicas”. Por fim, pode-se manifestar o direito subjetivo através da “faculdade de inordinação”, que é “aquela que tem a pessoa, obrigada por um dever, de exigir das demais que não criem embaraço ao seu cumprimento” (DANIEL COELHO DE SOUZA, Introdução à ciência do direito, p. 157-9).

¹³² TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2001.

¹³³ Adverte Ferraz Jr. que “o que se observa, diante do esforço teórico da dogmática, é que a dicotomia (direito objetivo/direito subjetivo) tem antes um caráter tópico isto é, é um lugar comum retórico). A expressão direito subjetivo cobre diversas situações, difíceis de serem trazidas a um denominador comum. A própria liberdade, em seu ambíguo sentido moderno de autonomia e de não-impedimento, é ela própria um lugar-comum, um importante topos que orienta e organiza o raciocínio, mas que não lhe confere um caráter lógico rigoroso. Dada essa diversidade de casos, é possível opor, assim, a noção de direito objetivo às diferentes situações subjetivas, entendidas como posições jurídicas dos destinatários das normas em seu agir: exercer atos de vontade, ter interesses protegidos, conferir poder, ser obrigado etc. não é necessário, como fizeram alguns autores – por exemplo Duguit ou Lundstedt –, chegar à posição radical de dizer que não existem direitos subjetivos por ser impossível demonstrar o que seja a vontade, o poder ou a liberdade. Esses autores confundem o ponto de vista sociológico (zetético) com o jurídico (dogmático) e acabam por ignorar as vantagens práticas (tópica) dos conceitos. O que é preciso é analisar os diferentes usos dogmáticos de expressão, verificando as diversas situações ali imbricadas” (TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Introdução ao estudo do direito, p. 142 e ss).

¹³⁴ HUGO DE BRITO MACHADO, Uma introdução ao estudo do direito. São Paulo: Dialética, 2000.

ligado a alguém que é seu titular. Porque segundo o autor, direito subjetivo é, nada menos, a ligação do efeito da incidência da norma sobre um ou vários os fatos jurígenos¹³⁵. Segundo Machado¹³⁶, o adjetivo *subjetivo* é empregado porque o efeito da incidência da norma sobre o fato é sempre vinculado a alguém, que é o titular do direito prescrito na norma¹³⁷.

Montoro¹³⁸ opõe-se ao pensamento de Machado¹³⁹ e ao de Souza¹⁴⁰, na medida em que, corroborando com o esposado por Maynez¹⁴¹, entende que correlacionar direito subjetivo ao próprio direito objetivo em determinada relação com um dado sujeito é confundir as noções de *norma* e *faculdade*, o que faz com que identifique o direito subjetivo (ou direito-faculdade, ou direito-poder ou direito-prerrogativa) como "*verdadeiras prerrogativas ou faculdades conferidas a indivíduos e entidades pela ordem jurídica positiva*", isto é, são "*poderes, faculdades ou prerrogativas, sem dúvida derivados da norma, mas distintas dela*". Em razão disto, esclarece o autor que o direito subjetivo não é um *poder da von-*

¹³⁵ HUGO DE BRITO MACHADO, Uma introdução ao estudo do direito, p. 19.

¹³⁶ HUGO DE BRITO MACHADO, Uma introdução ao estudo do direito.

¹³⁷ Acrescenta o autor que "os compêndios de Teoria Geral do Direito, ou de Introdução ao Estudo do Direito ensinam que o direito subjetivo é a *facultas agendi*, ou *faculdade de agir*. Neste caso também é comum o uso da palavra *direito* desacompanhada de adjetivo. Fala-se, então do meu direito, do nosso direito, do direito dele. É sempre o direito de alguém. O direito visto em relação a seu titular" (HUGO DE BRITO MACHADO, Uma introdução ao estudo do direito, p. 19).

¹³⁸ Afirma Montoro que "no direito subjetivo há sempre um bem ou interesse, mas o direito não 'é' esse bem ou interesse; não se confunde com ele (...). Da mesma forma, há normalmente no direito subjetivo um poder (ou vontade) que o efetiva. Mas o direito não 'é' essa vontade ou poder" (ANDRÉ FRANCO MONTORO, Introdução à ciência do direito, p. 440 e ss – ref. da nota, p. 448).

¹³⁹ HUGO DE BRITO MACHADO, Uma introdução ao estudo do direito.

¹⁴⁰ DANIEL COELHO DE SOUZA, Introdução à ciência do direito.

¹⁴¹ E. Garcia Maynez, *Introducción al estudio del derecho*, § 105, p. 201, apud ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Introdução à ciência do direito*, p. 440.

tade ou um interesse (bem ou valor), protegido ou concedido pela ordem jurídica, mas sim uma relação, reconhecida pela ordem jurídica, de dependência de um objeto (bem ou atividade) a uma pessoa, que confere ao titular ou a seus representantes prerrogativas de agir em relação a esse objeto.

Reale¹⁴² menciona que se costuma ligar o conceito de direito subjetivo à distinção latina entre *facultas agendi* e *norma agendi*, "no sentido de que a regra jurídica delimita objetivamente o campo social dentro do qual é facultado ao sujeito da relação pretender ou fazer aquilo que a norma lhe atribui"¹⁴³. Segundo ao autor, tal co-relação serve para demonstrar que os direitos objetivo e subjetivo se complementam, tornando-se impossível conceber-se, efetivamente, o direito subjetivo desligado do objetivo (ambos formam uma díade inseparável), o que não quer dizer que o direito subjetivo se reduz à norma jurídica; porém, a referência ao termo *faculdade* imposto na relação importa na equiparação errônea dos termos *direito subjetivo* e *faculdade*, na medida em que, para o autor, *faculdade* é tão-somente uma das formas de exercício do direito subjetivo. Além do mais, ressalta o autor por equivocada a posição de alguns teóricos modernos que "confundem 'faculdade' com o poder genérico que tem cada pessoa de exercer ou não um direito subjetivo, confundindo, desse modo, a *faculdade* com a *geral*

¹⁴² MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito.

¹⁴³ MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito, p. 249-50.

capacidade dos sujeitos de direito"¹⁴⁴, bem como entende por excessiva a posição que entende os conceitos de *direito subjetivo* e de *faculdade* como posições independentes. Em razão disto, Reale¹⁴⁵ propõe que o direito subjetivo somente existirá quando "*a situação jurídica implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem*", ou seja, direito subjetivo é "*a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio*"¹⁴⁶, porque lhe foi determinado pela própria norma¹⁴⁷.

Bastos¹⁴⁸ posiciona-se em simetria à Reale¹⁴⁹, na medida em que entende ser o direito subjetivo "*a situação jurídica consagrada por uma norma em que o titular tem o direito a um determinado ato, face ao seu destinatário, que por sua vez tem o dever de praticar esse ato*".

Em sentido não completamente diverso ao de Bastos¹⁵⁰ e ao Reale¹⁵¹, Diniz¹⁵² afirma que direito subjetivo é

¹⁴⁴ MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito, p. 250 – ref. Nota 01.

¹⁴⁵ MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito, p. 259.

¹⁴⁶ MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito, p. 260.

¹⁴⁷ Reale aduz que "o núcleo do conceito de direito subjetivo é a pretensão (Anspruch), a qual pressupõe que sejam correspectivos aquilo que é pretendido por um sujeito e aquilo que é devido pelo outro (tal como se dá nos contratos) ou que pelo menos entre a pretensão do titular do direito subjetivo e o comportamento exigido de outrem haja certa proporcionalidade compatível com a regra de direito aplicável à espécie" (MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito, p. 249 e ss.).

¹⁴⁸ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

¹⁴⁹ MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito, p. 249 e ss.

¹⁵⁰ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002, p. 269.

¹⁵¹ MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito.

¹⁵² MARIA HELENA DINIZ, Compêndio de introdução à ciência do direito.

"sempre a permissão que tem o ser humano de agir conforme o direito objetivo"^{153 154}.

Carnelutti¹⁵⁵ apresenta uma dubiedade de posicionamento. Primeiramente, corrobora com Reale¹⁵⁶ de que não se podem cindir os conceitos de *faculdade de disposição* e de *direito subjetivo*, porque, ao seu turno, são uma e a mesma coisa, a saber: liberdade de comandar. Em seguida, apresenta a diferença entre *direito subjetivo* e *faculdade*, quando afirma que:

[...] a faculdade não sai da esfera do interesse próprio, o direito subjetivo invade a esfera do interesse de outrem. Igualmente fácil de colher é a analogia entre as duas figuras. Se a diferença se apresenta entre o agere e o iubere, a identidade reside no licere. O direito subjetivo nunca é um debere. Exatamente porque o comando é formulado no interesse próprio, isto é, para a tutela de um interesse pertencente a quem o formula, seria supérfluo qualquer ulterior estímulo para o seu exercício¹⁵⁷.

¹⁵³ MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 225.

¹⁵⁴ Segundo Diniz "o direito subjetivo é subjetivo porque as permissões, com base na norma jurídica e em face dos demais membros da sociedade, são próprias das pessoas que as possuem, podendo ser ou não usadas por elas". Ademais, pontua que apesar de ser comum a afirmação de que os direitos subjetivos são facultas agendi, deve-se ter em mente que "as faculdades humanas não são direitos, e sim qualidades próprias do ser humano que independem de norma jurídica para sua existência" (MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 225 e 228).

¹⁵⁵ FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria geral do direito*. São Paulo: LEJUS, 1999.

¹⁵⁶ MIGUEL REALE, *Lições preliminares de direito*.

¹⁵⁷ FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria geral do direito*, p. 276.

Segundo Mattia¹⁵⁸, "o direito subjetivo representa de um lado um poder de nossa vontade, e por outro lado, implica no dever jurídico de respeitar aquele poder por parte dos outros".

Tomando-se por base o aludido, pode-se fixar como direito subjetivo a possibilidade do sujeito agir de determinada maneira em razão de uma garantia ou de um reconhecimento ou conforme o prescrito na ordem jurídica.

Transpassada a análise sobre o conceito de direito subjetivo, deve-se, neste momento, passar a análise sobre se os direitos da personalidade são ou não direitos subjetivos.

Bittar¹⁵⁹, Sarmento¹⁶⁰ e Fagundes Junior¹⁶¹ lembram que os direitos da personalidade já foram negados enquanto direitos subjetivos porque a doutrina não admitia a possibilidade de existirem direitos do homem sobre ele mesmo (teoria negativista). Porém, segundo Bittar¹⁶², hodiernamente, a doutrina divide-se quanto a entendê-los como poderes exercidos pelo homem sobre a sua própria pessoa (v. Puchta, Windscheid, Chironi, Campogrande, Ravà, Fadda, Ruiz Tomás -

¹⁵⁸ FÁBIO MARIA DE MATTIA, Direitos da personalidade: aspectos gerais, p. 39.

¹⁵⁹ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 04-05.

¹⁶⁰ DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 123.

¹⁶¹ JOSÉ CABARL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador do HIV: aspectos constitucionais, p. 76.

¹⁶² CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 04-05.

autores citados por Bittar), como direitos sem sujeitos ou como direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral. Em razão disto, sustenta Bittar¹⁶³ que tais direitos "são dotados de certas particularidades que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados" - posição singular que Fagundes Júnior¹⁶⁴ credita à maior intensidade da exposição da essência do ser humano pelas soluções advindas das conquistas e dos avanços tecnológicos que "não puderam ser disciplinadas pelo ordenamento jurídico, dada à rapidez com que vêm ocorrendo tais transformações".

DE Cupis¹⁶⁵ afasta a tese negativista de que os direitos da personalidade não seriam direitos subjetivos por afirmar que tais direitos seriam direitos subjetivos em razão de que "o homem, pelo facto de viver em sociedade, não deixa de ser indivíduo e, conseqüentemente, pode e deve ser considerado como tal nas relações com outros indivíduos" e, que por tal consideração o ordenamento jurídico lhe confere, pelo exercício de sua vontade, determinadas posições de relativa proeminência aos outros indivíduos.

¹⁶³ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 04-05.

¹⁶⁴ JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador do HIV: aspectos constitucionais, p. 76.

¹⁶⁵ Afirma ainda o autor que "a par do aumento da autoridade do Estado (que se verificou, entre nós, num passado recente) a maior 'socialização' pode servir para mudar o sistema e a distribuição das posições de proeminência individuais munidas do dito poder; mas mesmo abandonando o problema da possibilidade abstracta dessa eliminação, historicamente não as eliminou ainda. Não é, pois, superável pelo menos de jure condito, o conceito de direito subjectivo" (ADRIANO DE CUPIS, Os direitos da personalidade, p.13-7).

Montoro¹⁶⁶ firma posição de que os direitos subjetivos podem ser classificados e decompostos em vários direitos quando analisados os inúmeros elementos formadores destes, como, por exemplo, os sujeitos, o objeto e a finalidade. Mais especificamente quanto ao objeto, Montoro¹⁶⁷ divide os direitos subjetivos em: **direitos da personalidade** (ou seja, "os que têm por objeto a pessoa, no seu aspecto mais amplo, incluindo a pessoa física e a jurídica, a do próprio titular ou a pessoa de outrem, em si mesma ou em qualquer de seus elementos constitutivos"), que se dividem em: *direitos da personalidade em seu sentido estrito* ou direitos sobre a própria pessoa (*in persona ipsa*), *direitos sobre a pessoa do outrem* ou direitos potestativos (*in persona aliena*) e *direitos de instituições ou pessoas jurídicas* (esclarece o autor que "estão nesse caso os direitos do Estado sobre sua própria organização e atividade, como a soberania, o poder de legislar, administrar, julgar, etc., e os direitos políticos em geral; da mesma forma, os diversos direitos associativos ou institucionais das pessoas jurídicas em geral, como o de se organizar, atuar, representar categorias econômicas ou profissionais, etc., e os direitos semelhantes dos organismos internacionais"); **direitos reais**, que englobam os direitos sobre "coisas" materiais e imateriais, e; **direitos obrigacionais** ou "de crédito" ou "pessoais".

¹⁶⁶ ANDRÉ FRANCO MONTORO, Introdução à ciência do direito, p. 480-04.

¹⁶⁷ ANDRÉ FRANCO MONTORO, Introdução à ciência do direito, p. 480-04.

Cifuentes¹⁶⁸ credita aos direitos da personalidade a natureza de direitos subjetivos. O autor fundamenta tal posição por afirmar que:

[...] no cabe duda de que la voluntad ejerce una facultad sobre la propia vida, la libertad, el honor, el cuerpo. Aunque, en ciertos casos limitada. Tampoco que el ordenamiento ha puesto ese 'señorio' a disposición del titular. Es, pues, un poder jurídico. La norma objetiva bajo muchos aspectos, de diversos modos y en distintos campos, preserva el libre desarrollo del querer del hombre sobre sus bienes esenciales e inherentes. Si considero que el derecho subjetivo se caracteriza porque el titular puede exigir un especial comportamiento, hecho u omisión, a una persona determinada o a las personas en general, no podré negar la calidad jurídica subjetiva de los personalísimos.

Ademais, Cifuentes¹⁶⁹ esclarece que a vida, a honra, a integridade corporal somente apresentam interesse para o jurista quando o direito, por alguma de suas manifestações, se preocupa e se projeta sobre tais realidades.

Jabur¹⁷⁰ identifica os direitos da personalidade, apesar da resistência contra a tese que "*considera as fa-*

¹⁶⁸ Segundo Cifuentes os direitos da personalidade são direitos subjetivos porque estando o sujeito frente a outros pode exigir comportamentos com respeito a sua própria vida, corpo e liberdade. Além do que, o sujeito tem meios jurídicos de defesa e de repulsa contra a violação. Ademais, quem for atacado pode, se quiser, resistir e, em muitos casos, suportar; não obstante, pode, ainda, exercer a faculdade de orientar seu próprio destino (SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, p. 147-9).

¹⁶⁹ SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*.

¹⁷⁰ GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, p. 82-7.

*culdades físicas e espirituais do homem substrato de direitos cujo poder de atuação se encontra (...) a líbrito do titular", como sendo direitos subjetivos, porém prefere qualificá-los como direitos subjetivos privados. Destarte, afasta, dentre outras: a tese defendida por Savigny, Tuhr e outros de que o homem não poderia ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto dos direitos da personalidade¹⁷¹; a tese de que os direitos da personalidade enquanto direitos subjetivos surgiriam a partir de consumada qualquer ofensa à vida, à integridade física, à honra etc, em razão do surgimento do direito de reparação, e; a tese que procura identificar os direitos da personalidade como direitos sobre a própria pessoa (*ius in corpus*). Diferentemente, afirma o referido autor que os direitos da personalidade são direitos subjetivos porque não se pode negar a estes a possibilidade de se exigir um especial comportamento de tal ou qual pessoa ou a todas em geral (característica principal dos direitos subjetivos). Por fim, Jabur¹⁷² esclarece que os direitos da personalidade são direitos subjetivos "privados" porque "têm âmbito de atuação limitado às relações entre particulares", e porque "são as aspirações próprias, privadas, do indivíduo que a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, a privacidade etc. satisfazem".*

¹⁷¹ Segundo Milton Fernandes, Von Thur pronuncia-se no sentido de que "para tomar posición frente a este problema, conviene dar por sentado que no todos los bienes jurídicos que la ley protege, pueden considerarse como derechos subjetivos. Por consiguiente, Del hecho de que cierto acto queda prohibido, cuando produce un daño, no puede deducirse, sin más, que se trata de la lesión de un derecho subjetivo. De otra manera, habría que imaginar, por ejemplo, en caso de estafa, un derecho a la verdad; en caso de falsificación, un derecho a la autenticidad de los documentos presentados etc" (Von THUR, Derecho civil, p. 189, citado por MILTON FERNADES, Proteção civil da intimidade. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 40).

¹⁷² GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada.

Segundo Fernandes¹⁷³ não se pode negar validamente a inclusão dos direitos da personalidade entre os direitos subjetivos, porque é "*possível, no domínio da proteção da pessoa humana, encontrarem-se verdadeiros direitos subjetivos*", além do que, segundo o mesmo, nenhum dos conceitos atribuídos ao direito subjetivo é incompatível com a inclusão dos direitos da personalidade. Não obstante, posiciona-se no sentido de admitir que as teorias de Savigny, de Windscheid e de Jhering podem perfeitamente abrigar os direitos da personalidade uma vez que não lhes são estranhos a vontade e o interesse.

No mesmo sentido, Fonseca¹⁷⁴ afirma que, apesar de os direitos da personalidade serem passíveis de diferentes colorações conforme o aspecto pelo qual seja analisado (como por exemplo, ora como direitos subjetivos públicos, ora como direitos fundamentais ou como direitos humanos), os direitos da personalidade são direitos subjetivos privados, por serem direitos tendentes a proteger a esfera individual dos atentados de outros indivíduos.

¹⁷³ MILTON FERNADES, *Proteção civil da intimidade*, p. 41.

¹⁷⁴ ANTÔNIO CEZAR LIMA DA FONSECA, *Anotações aos direitos da personalidade*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 84, vol. 715, maio, 1995, p. 37.

Em igual direção, Gomes¹⁷⁵ também visualiza os direitos da personalidade como direitos subjetivos privados, uma vez que tais direitos visam assegurar e desenvolver a expansão da individualidade espiritual e física da pessoa humana, em razão disto adverte que não se pode confundir os direitos da personalidade com os direitos do homem e do cidadão, por serem esses direitos subjetivos públicos; ressalta ainda que tais direitos diferenciam-se porque os direitos da personalidade protegem os indivíduos do arbítrio dos demais indivíduos, enquanto que os direitos do homem e do cidadão, protegem os indivíduos contra as arbitrariedades do Estado.

Sarmiento¹⁷⁶ corrobora a mesma posição esposada por Gomes¹⁷⁷, ou seja, de que os direitos da personalidade protegendo o conjunto dos bens jurídicos que integram a personalidade do indivíduo contra os abusos dos demais sujeitos somente se assemelham aos direitos humanos porque visam a proteção do indivíduo, mas distanciam-se destes porque são concebidos para interagirem em projeções na esfera privada e não contra os abusos do poder estatal.

¹⁷⁵ Afirma Gomes que “a distinção por esse critério não é, porém, inteiramente satisfatória, porque omite os aspectos essenciais da natureza das duas modalidades, que somente se mostram na apreciação da estrutura e do mecanismos desses direitos privados” (ORLANDO GOMES, *Direitos de personalidade*, p. 43).

¹⁷⁶ DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 123 e ss.

¹⁷⁷ ORLANDO GOMES, *Direitos de personalidade*.

Moacyr Oliveira¹⁷⁸, outrossim, adota a posição de que os direitos da personalidade seriam direitos subjetivos privados, isto é, os direitos da personalidade seriam uma categoria jurídica distinta dos direitos subjetivos públicos e dos direitos naturais.

Igualmente Mattia¹⁷⁹ credita aos direitos da personalidade a natureza de direitos subjetivos, entretanto, firma posição de que os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma dentre os direitos subjetivos, em razão do *"caráter essencial que apresentam por causa da especialidade do seu objeto e da singularidade do seu conteúdo"*; além do que, segundo o autor, os direitos da personalidade servem como fundamentos para afirmar a categoria autônoma dos direitos da personalidade o entendimento de que *"a vontade humana, mola propulsora e pressuposto da personalidade jurídica, opera não apenas sobre o mundo exterior (direitos patrimoniais, direitos familiares), mas, também sobre a própria realidade antropológica do ser humano"*, bem como que *"é a própria pessoa que ao exercer a função de sujeito de direitos subjetivos, converte em objeto alguns dos atributos ou bens dela própria"*, na medida em que *"o objeto dos direitos da personalidade não é a pessoa humana considerada em sua totalidade, senão realidades antropológicas (o corpo, a vida, a saúde) ou de ordem moral (a honra, li-*

¹⁷⁸ MOACYR DE OLIVEIRA, *Evolução dos direitos da personalidade*, p. 29-32.

¹⁷⁹ FÁBIO MARIA DE MATTIA, *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 39 e 40.

berdade etc.)". Dessa forma, o autor afasta a idéia de que os direitos da personalidade não são direitos subjetivos, ou direitos privados da personalidade. Por conseqüência disto, afirma o autor que devem os direitos da personalidade serem tratados num livro reservado do Código Civil.

Szaniawski¹⁸⁰ firma posição similar a de Mattia¹⁸¹, na medida em que fixa que os direitos da personalidade são direitos subjetivos de categoria especial, porque entende que os direitos da personalidade se enquadram dentro de um conceito de direito natural, por serem tais direitos inerentes à pessoa em razão de se tratarem de diversos aspectos da personalidade humana.

Em sentido comparável, França¹⁸², mesmo não abordando de forma contundente a matéria, afirma que não existem somente os direitos da personalidade previstos no ordenamento jurídico porque, sendo tais direitos faculdades jurídicas do homem, existem e são respaldadas pelo costume jurídico como expressões complementares aos direitos privados da personalidade e incorporadas ao ordenamento jurídico por força do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

¹⁸⁰ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos da personalidade e sua tutela, p. 90-93.

¹⁸¹ FÁBIO MARIA DE MATTIA, Direitos da personalidade: aspectos gerais.

¹⁸² R. LIMONGI FRANÇA, Direitos privados da personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização, p. 8; Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais, p. 10.

Mônica Castro¹⁸³ não diverge quanto ao entendimento de que os direitos da personalidade seriam direitos subjetivos, porém adverte que, a partir do momento em que tais direitos foram constitucionalizados, sobre o status de direitos fundamentais, adquiriram esta natureza jurídica, ou seja, segundo a autora, os direitos da personalidade são originalmente direitos subjetivos que, após a inclusão no texto constitucional, transubstanciam-se para direitos fundamentais.

Em razão do exposto, e em consonância com o pensamento esposado por Fernandes¹⁸⁴, não há de se cogitar a possibilidade de os direitos da personalidade não serem direitos subjetivos, até mesmo porque o conteúdo dos direitos da personalidade em nada conflita com o continente dos direitos subjetivos. Ademais, os direitos da personalidade, grosso modo, possibilitam o sujeito agir de determinada maneira, contra quaisquer sujeitos, conforme seu interesse, a fim de proteger a esfera de sua personalidade por meio da limitação de atos atentatórios aos elementos integrantes de sua personalidade. Vê-se, assim, completa simetria entre o possibilitado e o necessário conteúdo dos direitos da personalidade para que sejam vistos como direitos subjetivos.

¹⁸³ MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA CASTRO. Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 63.

¹⁸⁴ MILTON FERNADES, Proteção civil da intimidade.

Contudo, a questão de serem os direitos da personalidade direitos subjetivos invoca uma questão correlata, qual seja: qual seria o fundamento dos direitos da personalidade - o direito natural ou o direito positivo?

2.1.3.2. A natureza dos direitos da personalidade: direitos naturais ou positivos?

A análise da questão ora proposta vai muito além da simples equação entre a possível positividade no ordenamento jurídico dos direitos da personalidade, visto que tem como objetivo procurar firmar o elo de ligação entre os direitos da personalidade e o homem, ou seja, visa determinar se os direitos da personalidade seriam meras criações sociais ou naturais, i. e., se os direitos da personalidade existiriam fora do ordenamento jurídico, por meio de outras figuras que não as normas de direito.

Todavia, antes de se responder à questão proposta, tem-se que ter em mente que o que são direitos naturais.

O homem, enquanto ser integrante da natureza, comporta vontades, interesses e necessidades que são uníssonas em qualquer local e em qualquer tempo¹⁸⁵.

As vontades, interesses e necessidades dos homens expressos pelos direitos naturais decorrem não de uma fonte extra-humana (v. g., Deus, a Natureza etc.), mas sim da própria natureza humana, a qual é a mesma para todos os indivíduos¹⁸⁶. Todos os homens possuem a mesma natureza, apesar de possuírem divergências espirituais, filosóficas, políticas etc. Assim, as vontades, interesses e necessidades decorrem não de uma lei divina ou natural, como previsto por São Tomás de Aquino, mas tão-somente das relações de causalidade "*o homem é composto por vontades, interesses e necessidades*" e "*o desejo primordial do homem é a busca da igualdade e da justiça*"¹⁸⁷.

Tais vontades, interesses e necessidades são expressas por Montesquie como sendo as quatro leis naturais que equiparam os indivíduos na natureza; mais especificamente, os homens igualam-se porque buscam a promoção da paz, a sobrevivência por intermédio da alimentação, o apelo

¹⁸⁵ "A universalidade manifesta do Direito Natural diz respeito à circunstância de que todas as suas normas, embora não casuísticas, mas consistentes num pequeno número de leis, cujo inadimplemento surge de maneira patente como contrário à justiça e à essência da natureza humana regem todos os povos e todos os homens, como partícipes da natureza única em que se funda" (YLVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES, *Direito natural: visão metafísica e antropológica*, p. 212).

¹⁸⁶ Reale corrobora o exposto quando afirma que "sendo expressão da natureza humana, o Direito Natural é igual para todos os homens" (MIGUEL REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 311).

¹⁸⁷ YLVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES, *Direito natural: visão metafísica e antropológica*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 212 e ss.

pela busca natural ao outro sexo e o desejo de viver em sociedade¹⁸⁸. Contudo, não se pode dizer que tais vontades, interesses e necessidades sejam os únicos que o indivíduo aspira. Existem outros, porque esses buscam satisfazer a plenitude pessoal dos indivíduos pela realização e proteção das exigências essenciais da natureza humana, tanto do próprio indivíduo como dos demais e, em última instância a promoção da igualdade e da justiça entre os homens como forma de manter os indivíduos em estado de paz. Destarte, verifica-se que o direito natural objetiva congregação o que é comum a todos os seres humanos enquanto homens a fim de promover a defesa dos valores humanos, ou melhor, das vontades, interesses e necessidades humanas.

Todavia, afirmar que os homens possuem vontades, interesses e necessidades universais expressos pelos direitos naturais e, que tais direitos visam promover a igualdade e a justiça entre os homens, implica, conforme Kelsen¹⁸⁹, além de uma contradição, uma fixação de uma auto-ilusão pelo estabelecimento de uma ideologia de que existe uma ordem normativa, absolutamente válida e justa e mais elevada do que a ordem normativa positiva, derivada da natureza das coisas ou da natureza do homem, da razão humana ou da von-

¹⁸⁸ Segundo Guimarães, "por sua natureza o homem está inclinado a conservar e prolongar a vida; a propagar e conservar a espécie; a buscar a verdade e comunicá-la aos seus semelhantes; a viver em sociedade; a render culto" (YLVES JOSÉ DE MIRANDA GUIMARÃES, *Direito natural: visão metafísica e antropológica*, p. 224).

¹⁸⁹ "A asserção costumeira, contudo, de que realmente existe uma ordem natural, absolutamente boa, mas transcendental e, por conseguinte, não inteligível, de que de fato existe algo justo, mas que ela não pode ser definida com clareza é, em si mesma, uma contradição" (HANS KELSEN, *Teoria Geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 19).

tade de Deus; além do que, segundo o mesmo autor, tal ideologia não fixa elementos concretos suficientes capazes de determinar o conteúdo do direito natural, impossibilitando, assim, a descrição de quais seriam os direitos naturais. Ademais, pontua o autor, que quando as normas tidas como *leis da natureza* apresentam conteúdo mais definido do que o de costume faz surgir princípios mais ou menos generalizados no direito positivo.

Mais especificamente quanto serem os direitos da personalidade direitos naturais, Bittar¹⁹⁰, Bittar Filho¹⁹¹, DE Cupis¹⁹², França¹⁹³ e Herkenhoff¹⁹⁴ admitem que os direitos da personalidade não são somente aqueles reconhecidos e prescritos pelo legislador positivo - seja no direito privado, seja no direito público -, vez que postulam que os direitos da personalidade, sendo inerentes ao próprio homem em razão de sua personalidade - na medida em que, os direitos da personalidade são ínsitos à pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral e, funcionam como essência na formação da medula da personalidade dos *indivíduos*, o que implica na sua ausência na irrealização de todos os demais direitos subjetivos dos indivíduos pela não completude da própria personalidade do homem -, possuem

¹⁹⁰ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade.

¹⁹¹ CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO, Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. Revista de Direito Civil. São Paulo: RT, ano 20, vol.78, out./dez., 1996.

¹⁹² ADRIANO DE CUPIS, Os direitos da personalidade.

¹⁹³ R. LIMONGI FRANÇA, Direitos privados da personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização, p. 8; Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais.

¹⁹⁴ JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, Os direitos humanos e a paz.

fundamento no direito natural. Em razão disto, entendem que o Estado é tão-somente o elemento que positiva os direitos já reconhecidos pela consciência popular, pelo costume e pelo direito natural, na medida em que, segundo Bittar¹⁹⁵, "*o direito existe antes do Estado e pela própria natureza do homem*". Não obstante, frisa, ainda, Bittar Filho¹⁹⁶ que "*não se deve confundir a existência desses direitos - a qual independe de qualquer iniciativa do Estado - com o seu reconhecimento*".

De outra borda, Moacyr Oliveira¹⁹⁷ ressalta que os direitos da personalidade não podem ser confundidos com direitos naturais, próprios da condição humana, na concepção jus-naturalista, porque aqueles decorrem da positivação pelo ordenamento jurídico, não existindo fora deles; enquanto que os direitos naturais existem independentemente de serem reconhecidos pelo direito.

Apesar de a maioria da doutrina entender os direitos da personalidade como direitos naturais decorrentes da própria natureza do homem, entende-se, por bem, não colocar tais direitos sob tal égide, apesar de entender-se que os direitos da personalidade advêm da própria natureza da personalidade do homem. Tal ressalva é imposta pela necessidade de se adequarem os direitos da personalidade à sistemá-

¹⁹⁵ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 08.

¹⁹⁶ CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO, Tutela da personalidade no atual direito brasileiro, p. 06.

¹⁹⁷ MOACYR DE OLIVEIRA. Evolução dos direitos da personalidade, p. 31.

tica do ordenamento jurídico, posto que se se admitir que os direitos da personalidade coexistem com os direitos positivos fora do ordenamento jurídico, não se validando neste, admitir-se-á que os direitos da personalidade independem do reconhecimento e da previsão do direito objetivo, não possibilitando que a ordem jurídica revogue ou restrinjam quaisquer direitos da personalidade. Em razão disto, afasta-se a teoria jusnaturalista, aproximando a matéria do pensamento positivista kelseniano, isto é, admite-se que não se pode falar em direitos jurídicos antes da existência do Direito, porque não se admite a existência de direitos jurídicos não garantidos pela ordem jurídica. Contudo, isto não quer dizer que não existam outros elementos, que não direitos jurídicos, fora do ordenamento; da mesma forma, como não se quer dizer que os direitos da personalidade não se fundamentem na natureza do homem, ou melhor, na sua personalidade. Quer-se apenas ressaltar que os direitos da personalidade enquanto direitos jurídicos somente existem para o ordenamento jurídico e para o indivíduo como direito a partir do momento de sua positivação. Antes da positivação dos direitos da personalidade o que existem são somente expressões da personalidade humana, não direitos da personalidade; ressalte-se, existem e coexistem elementos formadores da personalidade, mas não direitos jurídicos da personalidade.

2.1.4. *Natureza jurídica dos direitos da personalidade:*

Segundo Gomes¹⁹⁸, procurou-se proteger a pessoa humana coibindo-se as práticas e abusos ofensivos à dignidade através da oposição à negação dos direitos subjetivos por meio da positivação de direitos individuais, sobre a própria pessoa, pessoais, de estado, originários, inatos, personalíssimos ou da personalidade.

Bittar¹⁹⁹ lembra que os direitos da personalidade já foram negados enquanto direitos subjetivos, mas que, hodiernamente, a doutrina divide-se quanto a entendê-los como poderes exercidos pelo homem sobre a sua própria pessoa, como direitos sem sujeitos ou como direitos insitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral. Em razão disto, sustenta o autor que tais direitos *"são dotados de certas particularidades que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados"*²⁰⁰.

Não obstante, Bittar²⁰¹ não se cinge a reconhecer que somente são direitos da personalidade os direitos reconhecidos e positivados pelo Estado, uma vez que postula se-

¹⁹⁸ ORLANDO GOMES, Direitos da personalidade, p. 41.

¹⁹⁹ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade.

²⁰⁰ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 4-5.

²⁰¹ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 08.

rem os direitos da personalidade inerentes ao próprio homem em razão de sua personalidade. Por essa arte, entende que o Estado é somente o elemento que positiva os direitos já reconhecidos pela consciência popular e pelo direito natural, na medida em que, segundo o autor, "*o direito existe antes do Estado e pela própria natureza do homem*".

Bittar Filho²⁰² também firma posição de que cabe ao Estado apenas reconhecer e sancionar os direitos da personalidade no âmbito da Constituição ou de leis ordinárias.

Em outro sentido, França²⁰³ sustenta que mesmo a despeito de ser a lei a forma fundamental de instituir direitos, existem, complementarmente, outras formas expressas ou implícitas, reconhecidas pelo legislador (v. art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil) de direitos que não somente aqueles previstos em lei, como por exemplo, os reconhecidos pelo costume e pelo direito natural. Entretanto, quanto aos direitos da personalidade, o autor ressalta que os direitos da personalidade são direitos privados, ou seja, são direitos de natureza positiva.

DE Cupis²⁰⁴ contraria França²⁰⁵ ao sustentar que os direitos da personalidade não são somente os descritos pelo

²⁰² CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO, Tutela da personalidade no atual direito brasileiro, p. 06.

²⁰³ R. LIMONGI FRANÇA, Direitos privados da personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização, p. 08; Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais, p. 10-1.

²⁰⁴ ADRIANO DE CUPIS, Os direitos da personalidade, p. 33-40.

legislador privado, mas, também, encontram-se descritos e previstos em normas de direito público, através da fixação das normas penais que tutelam os direitos da personalidade.

Enquanto que para Fagundes Júnior²⁰⁶ os direitos da personalidade são assegurados por meio de garantias fundamentais a fim de garantir os indivíduos das arbitrariedades do Estado; porém, não afasta, também, a possibilidade de tais direitos serem exercidos na esfera privada como de afastar possíveis transgressões à esfera da personalidade do indivíduo, ou seja, serem oponíveis a particulares. Portanto, segundo o autor, os direitos da personalidade são de natureza tanto pública quanto privada.

Diversamente, Cifuentes²⁰⁷ credita aos direitos da personalidade a natureza de direitos subjetivos. O autor fundamenta tal posição por afirmara que:

[...] no cabe duda de que la voluntad ejerce una facultad sobre la propia vida, la libertad, el honor, el cuerpo. Aunque, en ciertos casos limitada. Tampoco que el ordenamiento ha puesto ese 'señorio' a disposición del titular. Es, pues, un poder jurídico. La norma objetiva bajo muchos aspectos, de diversos modos y en

²⁰⁵ R. LIMONGI FRANÇA, Direitos privados da personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização, p. 8; Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais.

²⁰⁶ JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais, p. 76-84.

²⁰⁷ Segundo Cifuentes os direitos da personalidade são direitos subjetivos porque estando o sujeito frente a outros pode exigir comportamentos com respeito a sua própria vida, corpo e liberdade. Além do que, o sujeito tem meios jurídicos de defesa e de repulsa contra a violação. Ademais, quem for atacado pode, se quiser, resistir e, em muitos casos, suportar; não obstante, pode, ainda, exercer a faculdade de orientar seu próprio destino (SANTOS CIFUENTES, Derechos personalísimos, p. 147-9).

distintos campos, preserva el libre desarrollo del querer del hombre sobre sus bienes esenciales e inherentes. Si considero que el derecho subjetivo se caracteriza porque el titular puede exigir un especial comportamiento, hecho u omisión, a una persona determinada o a las personas en general, no podré negar la calidad jurídica subjetiva de los personalísimos²⁰⁸.

Ademais, Cifuentes²⁰⁹ esclarece que a vida, a honra, a integridade corporal somente apresentam interesse para o jurista quando o direito, por alguma de suas manifestações, se preocupa e se projeta sobre tais realidades.

Jabur²¹⁰ identifica, também, os direitos da personalidade, apesar da resistência contra a tese que "*considera as faculdades físicas e espirituais do homem substrato de direitos cujo poder de atuação se encontra (...) a libito do titular*", como sendo direitos subjetivos, porém prefere qualifica-los como direitos subjetivos privados. Destarte, afasta, dentre outras: a tese defendida por Savigny, Tuhr e outros de que o homem não poderia ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto dos direitos da personalidade; a tese de que os direitos da personalidade enquanto direitos subjetivos surgiriam a partir de consumada qualquer ofensa à vida, à integridade física, à honra etc, em razão do surgimento do direito de reparação, e; a tese que procura iden-

²⁰⁸ SANTOS CIFUENTES, Derechos personalísimos, p. 147-9.

²⁰⁹ SANTOS CIFUENTES, Derechos personalísimos.

²¹⁰ GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada.

tificar os direitos da personalidade como direitos sobre a própria pessoa (*ius in corpus*). Diferentemente, afirma o autor que os direitos da personalidade são direitos subjetivos porque não se pode negar a estes a possibilidade de se exigir um especial comportamento de tal ou qual pessoa ou a todas em geral (característica principal dos direitos subjetivos). Ademais, esclarece que os direitos da personalidade são direitos subjetivos "privados" porque "têm âmbito de atuação limitado às relações entre particulares", porque, segundo Jabur, "são as aspirações próprias, privadas, do indivíduo que a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, a privacidade etc. satisfazem"²¹¹.

No mesmo sentido, Fonseca²¹² afirma que, apesar de os direitos da personalidade serem passíveis de diferentes colorações conforme o aspecto pelo qual seja analisado (como por exemplo, ora como direitos subjetivos públicos, ora como direitos fundamentais ou como direitos humanos), os direitos da personalidade são direitos subjetivos privados, por serem direitos tendentes a proteger a esfera individual dos atentados de outros indivíduos.

Mattia²¹³ também credita aos direitos da personalidade a natureza de direitos subjetivos, entretanto firma posição de que os direitos da personalidade constituem uma

²¹¹ GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, p. 82-7.

²¹² ANTÔNIO CEZAR LIMA DA FONSECA, *Anotações aos direitos da personalidade*, p. 37.

²¹³ FÁBIO MARIA DE MATTIA, *Direitos da personalidade: aspectos gerais*.

categoria autônoma dentre os direitos subjetivos, na medida em que afirma que "o direito subjetivo representa de um lado um poder de nossa vontade, e por outro lado, implica no dever jurídico de respeitar aquele poder por parte dos outros", e que "a vontade humana, mola propulsora e pressuposto da personalidade jurídica, opera não apenas sobre o mundo exterior (direitos patrimoniais, direitos familiares) mas, também sobre a própria realidade antropológica do ser humano" ²¹⁴.

Ademais, Mattia²¹⁵ contesta a tese de que os direitos da personalidade não podem ser direitos subjetivos em razão da impossibilidade de ser o homem objeto de direitos, porque afirma que "o objeto dos direitos da personalidade não é a pessoa humana considerada em sua totalidade, senão realidades antropológicas (o corpo, a vida, a saúde) ou de ordem moral (honra, liberdade etc.)" ²¹⁶.

No mesmo sentido, Gomes²¹⁷ também visualizar os direitos da personalidade como direitos subjetivos privados, uma vez que tais direitos visam assegurar e desenvolver a expansão da individualidade espiritual e física da pessoa humana²¹⁸.

²¹⁴ FÁBIO MARIA DE MATTIA, Direitos da personalidade: aspectos gerais, p. 40.

²¹⁵ FÁBIO MARIA DE MATTIA, Direitos da personalidade: aspectos gerais.

²¹⁶ FÁBIO MARIA DE MATTIA, Direitos da personalidade: aspectos gerais, p. 40.

²¹⁷ ORLANDO GOMES, Direitos de personalidade.

²¹⁸ Afirma Gomes que os direitos da personalidade "compreendem faculdades de atuação, mas, enquanto não são atingidos, permanecem como potencialidades, naquela esfera em que passam despercebidos ou simplesmente se revelam como simples poderes individuais" (ORLANDO GOMES, Direitos de personalidade, p. 43).

Afirma Ramos²¹⁹ que os direitos da personalidade "*concernem aos seus estados de capacidade ou se referem aos direitos pessoais constitucionalmente derivados*"²²⁰.

Segundo Moacyr Oliveira²²¹, os direitos da personalidade constituem uma categoria jurídica distinta dos demais direitos, porque o homem é simultaneamente objeto e sujeito destes direitos. Esclarece o autor, citando Campo Grande, que "*na qualidade de sujeito, o homem obra com todas as suas faculdades físicas e morais, indistintamente; como objeto, funciona o homem mesmo, porém, adstrito a uma limitação especial de sua personalidade*"²²²; além do que, para o mencionado autor, o objeto dos direitos da personalidade:

[...] não se encontra na pessoa de seu titular, nem nas demais pessoas vinculadas a uma obrigação passiva universal, senão nos bens constituídos por determinados atributos e qualidades físicas e morais do homem, individualizadas pelo ordenamento jurídico²²³.

Em razão disto, Moacyr Oliveira²²⁴ estabelece que aos direitos da personalidade não lhes bastam a inclusão no

²¹⁹ ERASMO M. RAMOS, Estudo comparado do direito da personalidade no Brasil e na Alemanha.

²²⁰ ERASMO M. RAMOS, Estudo comparado do direito da personalidade no Brasil e na Alemanha, p. 15.

²²¹ MOACYR DE OLIVEIRA, Evolução dos direitos da personalidade.

²²² MOACYR DE OLIVEIRA, Evolução dos direitos da personalidade, p. 31-2.

²²³ MOACYR DE OLIVEIRA, Evolução dos direitos da personalidade, p. 31-2.

²²⁴ MOACYR DE OLIVEIRA, Evolução dos direitos da personalidade.

texto constitucional, carecem, também, de ser normatizados sob a ótica do direito civil.

Inversamente, Mônica Castro²²⁵ afirma que os direitos da personalidade "*nascem como direitos subjetivos, com escopo no âmbito do direito privado para, só depois, adquirirem status constitucional*"²²⁶. Segundo a autora, os direitos da personalidade sofrem mutação de direitos subjetivos para direitos fundamentais, isto é, a partir do momento que são constitucionalizados pelo legislador constituinte passam da natureza privada de direitos subjetivos para a natureza de direitos fundamentais; exemplifica a autora: a inclusão da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas no art. 5º, X, da Constituição Federal, elevou, inapelavelmente, tais direitos da personalidade à condição de direitos fundamentais.

Cunha²²⁷ inclina-se a considerar que a maior parte dos direitos da personalidade são a versão privada de direitos fundamentais, e que estes não são apenas a versão pública daqueles, mas, ao invés, dentre todos, os direitos fundamentais, em geral.

²²⁵ MÔNICA NEVES DE AGUIAR DA S. CASTRO. Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos.

²²⁶ MÔNICA NEVES DE AGUIAR DA S. CASTRO. Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos, p. 63.

²²⁷ PAULO FERREIRA DA CUNHA, Teoria da Constituição, vol. II – direitos humanos direitos fundamentais, p. 225-8.

Em razão da singularidade dos direitos da personalidade, Gomes²²⁸ acredita não ser possível enquadrar tais direitos em quaisquer categorias ou partes especiais do ordenamento civil, o que para o autor não justifica seu isolamento para a inserção à parte no plano sistemático das matérias civis, visto que nada há de contrário em posicioná-los na Parte Geral do capítulo referente ao estudo das pessoas. Concordante com a posição de Gomes²²⁹, Bittar Filho²³⁰ também entende que os direitos da personalidade ocupam posição autônoma no campo privado.

Em sentido análogo, porém diverso, Fonseca²³¹ entende que os direitos da personalidade nascem simultaneamente em todos os ramos do Direito; não admitindo, por isso, que venham a se originar exclusivamente no campo do Direito Civil, afastando, portanto, também a idéia de que tendo origem no Direito Civil se reportem a partir deste aos outros ramos do sistema jurídico supra-estatal.

Moacyr Oliveira²³² e Muniz afirmam ser impossível uma visão estritamente privada dos direitos da personalidade, ou seja, uma visão desvinculada dos direitos do homem.

²²⁸ ORLANDO GOMES, Direitos de personalidade.

²²⁹ ORLANDO GOMES, Direitos de personalidade.

²³⁰ CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO, Tutela da personalidade no atual direito brasileiro.

²³¹ ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA, Anotações aos direitos da personalidade.

²³² MOACYR DE OLIVEIRA, Evolução dos direitos da personalidade.

Mais especificamente quanto à natureza dos direitos da personalidade, Szaniawski²³³ afirma que há uma dualidade de questionamentos. O primeiro questionamento é o de serem os direitos da personalidade direitos subjetivos ou não. O segundo questionamento diz respeito à natureza em si dos direitos da personalidade.

Afirma Szaniawski²³⁴ que a corrente que procura entender os direitos da personalidade como direitos subjetivos decorre da concepção de existir o direito de alguém sobre sua própria pessoa (evolução direta do antigo *ius in se ipsum*). Acrescenta o autor que:

[...] de acordo com esse pensamento, não se constituem os direitos de personalidade em direitos subjetivos, mas, sim, em meros efeitos reflexos do direito objetivo, donde ser concedida uma certa proteção jurídica a determinadas radiações da personalidade²³⁵.

Quanto à natureza em si dos direitos da personalidade, Szaniawski²³⁶ afirma que os direitos da personalidade são absolutos, possuindo limites somente nos direitos dos outros; a sua natureza, assim, não é sofredora de limitações.

²³³ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos da personalidade e sua tutela.

²³⁴ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos da personalidade e sua tutela.

²³⁵ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos da personalidade e sua tutela, p. 37.

²³⁶ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos da personalidade e sua tutela.

Lamenta Szaniawski²³⁷ que a Constituição de 1988 não contenha nenhuma cláusula destinada a garantir a personalidade do homem e suas emanções, mas tão-somente a inclusão dos direitos à intimidade, à vida privada, à imagem, à voz e o direito de resposta aos direitos da personalidade. Ressalta porém o autor que a Constituição em vigor absorveu em parte a teoria do direito geral da personalidade ao incluir em seu Título I, concernente aos Princípios Fundamentais do Estado, a proteção à dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos fundamentais do homem, garantido-os. Contudo, afirma, por fim, que os direitos e garantias individuais arrolados no texto constitucional são direitos da personalidade, apesar de já terem sido alçados à categoria de princípios constitucionais.

Neste mesmo sentido, lamenta também Ludwig²³⁸ a não inclusão explícita no texto constitucional de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

2.1.5. *Características dos direitos da personalidade:*

²³⁷ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos da personalidade e sua tutela.

²³⁸ MARCOS DE CAMPOS LUDWIG, O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro, p. 291.

Fonseca²³⁹ afirma que os direitos da personalidade apresentam características *sui generis* ou especiais, vez que os direitos da personalidade possuem como objeto os bens mais elevados do homem²⁴⁰.

A fixação das características dos direitos da personalidade não é uníssona na doutrina, porém existem características que são quase que unânimes para a doutrina, como por exemplo, a extrapatrimonialidade, a intransmissibilidade, a imprescritibilidade e a oponibilidade *erga omnes*.

As principais características dos direitos da personalidade assinaladas pela doutrina, além das mencionadas acima, são: o caráter absoluto e necessário dos mesmos, a não expressão monetária dos mesmos, a impossibilidade de sofrerem execução forçada ou serem impenhoráveis, a irrenunciabilidade, a essencialidade, a inatividade e a relatividade quanto à (in)disponibilidade.

Transpassada a referência geral às características dos direitos da personalidade, passar-se-á a analisar as principais divergências doutrinárias quanto às características dos direitos da personalidade.

²³⁹ ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA, Anotações aos direitos da personalidade.

²⁴⁰ ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA, Anotações aos direitos da personalidade, p. 38.

Bittar²⁴¹, Arenhart²⁴², Gomes²⁴³, Fonseca²⁴⁴, Silva²⁴⁵, Herkenhoff²⁴⁶, Luciana Martins²⁴⁷, Mônica Castro²⁴⁸, Dotti²⁴⁹ e Freire de Sá²⁵⁰ fixam, salvo pequenas diferenças entre si, como características dos direitos da personalidade a condição de serem tais direitos *absolutos, extrapatrimoniais, inexprimíveis monetariamente, intransmissíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitaisícios, necessários e oponíveis erga omnes*.

Por outro lado, Bittar²⁵¹ afirma serem, também, os direitos da personalidade:

[...] intimamente ligados ao homem, para a sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, de lege lata, pelo Estado, ou pelos particulares²⁵².

Ademais, Bittar acrescenta como característica dos direitos da personalidade a inatividade, posto que entende que os direitos da personalidade são "*ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade*"²⁵³.

²⁴¹ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 11.

²⁴² SÉRGIO CRUZ ARENHART, A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 68.

²⁴³ ORLANDO GOMES, Direitos da personalidade, p. 42-3.

²⁴⁴ ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA, Anotações aos direitos da personalidade, p. 38.

²⁴⁵ EDSON FERREIRA DA SILVA, Direitos da personalidade – os direitos da personalidade são inatos?, p. 23.

²⁴⁶ JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, Os direitos humanos e a paz, p. 115.

²⁴⁷ LUCIANA MABILIA MARTINS, O direito civil à privacidade e à intimidade, p. 339.

²⁴⁸ MÔNICA NEVES AGUIAR DA S. CASTRO. Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos, p. 67.

²⁴⁹ RENÉ ARIEL DOTTI, O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data, p. 299.

²⁵⁰ MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ, Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.211/01, p. 31.

²⁵¹ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade.

²⁵² CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 11.

²⁵³ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 11.

Fonseca²⁵⁴ também credita como característica dos direitos da personalidade a irrenunciabilidade, em razão da qualidade de serem necessários à própria dignidade humana, além do que afirma que não se "*presume veracidade de fato contra o direito da personalidade*", o que, segundo o autor, "*significa certa a regra do art. 320, II, do CPC, relativamente à inocorrência de revelia*"²⁵⁵.

Mônica Castro²⁵⁶, também, inclui como característica dos direitos da personalidade tanto a irrenunciabilidade quanto a inatividade. Contudo, quanto à inatividade, a autora faz a ressalva de que não se pode estabelecer a inerência ao nascimento com vida, mas sim deve-se estender tal qualidade desde a concepção; entretanto, frisa a autora que não são todos os direitos da personalidade que surgem desde a concepção, nas tão-somente aqueles que não são incompatíveis ao estado do nascituro, como, v. g., os direitos à vida e à integridade física²⁵⁷.

Jabur²⁵⁸ afirma que as características predominantes dos direitos da personalidade lhes são inclusas, ou seja, não estão contidas nos demais direitos (reais, pesso-

²⁵⁴ ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA, Anotações aos direitos da personalidade.

²⁵⁵ ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA, Anotações aos direitos da personalidade, p. 38.

²⁵⁶ MÔNICA NEVES AGUIAR DA S. CASTRO, Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos.

²⁵⁷ MÔNICA NEVES AGUIAR DA S. CASTRO, Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos, p. 68.

²⁵⁸ GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade.

ais, de família etc.). Diversamente do que foi mencionado acima, o autor diverge quanto às características dos direitos da personalidade. Jabur²⁵⁹ afirma que os direitos da personalidade são *inatos, vitalícios, extrapatrimoniais*²⁶⁰, *relativamente indisponíveis, irrenunciáveis, intransferíveis, inalienáveis, inexecutáveis, impenhoráveis, inexpropriáveis, imprescritíveis* e *oponíveis erga omnes*. Vê-se, assim, que além das características arroladas acima por Bittar²⁶¹, Gomes²⁶², Fonseca²⁶³, Mônica Castro²⁶⁴, Silva²⁶⁵ e Arenhart²⁶⁶, Jabur²⁶⁷ acresce ao rol das características dos direitos da personalidade a inatividade, a irrenunciabilidade e as qualidades de serem inexpropriáveis e relativamente indisponíveis, bem como não são suscetíveis à execução forçada. Quanto à inatividade, afirma que os direitos da personalidade são atribuíveis ao indivíduo a partir do seu nascimento biológico, físico, isto é, surgem concomitantemente com a personalidade²⁶⁸. No tocante à qualidade de serem relativa-

²⁵⁹ GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*, p. 48-9.

²⁶⁰ Esclarece Jabur que os direitos da personalidade “por dizerem mais ao conteúdo físico, moral ou espiritual do homem, do que ao seu acervo material, não se imiscuem com o patrimônio, na acepção coloquial deferida ao termo, mas sobre ele exercem influência, porquanto podem, pela limitação de seu exercício (ou disposição parcial e voluntária de vontade), emprestar utilidade econômica”. Destarte, conclui o autor que “na maioria das vezes, não se ressarcem bens personalíssimos atingidos. São reparados ou indenizados por meio de compensação, nada mais” (GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*, p. 48-9).

²⁶¹ CARLOS ALBERTO BITTAR, *Os direitos da personalidade*.

²⁶² ORLANDO GOMES, *Direitos da personalidade*.

²⁶³ ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA, *Anotações aos direitos da personalidade*.

²⁶⁴ MÔNICA NEVES AGUIAR DA S. CASTRO, *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*.

²⁶⁵ EDSON FERREIRA DA SILVA, *Direitos da personalidade – os direitos da personalidade são inatos?*

²⁶⁶ SÉRGIO CRUZ ARENHART, *A tutela inibitória da vida privada*.

²⁶⁷ GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*.

²⁶⁸ Adverte o autor que os direitos da personalidade “independem para existir, como tais, da normatização técnico-jurídica ou, em termos mais amplos, da intervenção positivadora do homem. Se a ingerência legislativa ou pretoriana aclara e chancela a necessária proteção de que carecem, mercê dessa superior característica que

mente indisponíveis, Jabur²⁶⁹ afirma que por serem os direitos da personalidade direitos que visam à proteção da dignidade humana, acabam não sendo disponíveis totalmente; isto se dá porque a fruição e a exploração de algumas de suas utilidades não ofendem a preservação dos direitos de que emanam²⁷⁰. São irrenunciáveis os direitos da personalidade porque admitir a renúncia, e de outra borda a disposição, destes direitos é solapar "qualquer valor concreto' da personalidade jurídica"²⁷¹. Acrescenta o autor que os direitos da personalidade são inexecutáveis e inexpropriáveis por não poderem ser transferidos para quaisquer outros sujeitos; posto que, segundo o autor, se isso fosse possível, com a expropriação do referido direito da personalidade estar-se-ia desprovendo a própria personalidade do sujeito expropriado, ou seja, retirar-se-ia do sujeito parcela significativa de sua própria personalidade. No que se refere à vitaliciedade, diverge o autor dos demais autores citados, visto que entende que, em alguns casos, a vitaliciedade é estendida além da morte do titular, a fim de preservar cer-

ostentam, dela não deriva sua existência factual, posto conexas a elementos de ordem distinta, realmente biofísicos. É o ordenamento jurídico que a lês deve se sujeitar para bem reger-los e tutela-los, não a pessoa deles ver-se privada, diante da diminuta sensibilidade de uns ou idiosincrasia de outros a quem também se comete a construção do sistema jurídico". Em razão disto conclui que são de fato inatos porque " não derivam da vontade humana – que não é apta ou suficiente para adquiri-los, tampouco aliena-los, quando muito parcial e temporariamente disponibilizá-los –, mas de circunstâncias que escapam ao talante do próprio homem" (GILBERTO HADDAD JABUR, op. cit., p. 43).

²⁶⁹ GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*.

²⁷⁰ Lembra Jabur que neste caso "o direito permanece intacto. Suas potencialidades são cedidas temporariamente, no que consiste a faculdade máxima de disposição humana" (GILBERTO HADDAD JABUR, op. cit., p. 55).

²⁷¹ GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*, p. 59.

tas potencialidades da personalidade deste²⁷². Por fim, ressalta que:

[...] o vocábulo absolutos traz a imediata idéia de preponderância, predomínio, supremacia. Convém, por isso, não tê-lo como sinônimo de erga omnes. Porque se são direitos que a todos se opõem, infundindo o dever geral de abstenção, não quer isto significar que sejam ilimitados, mesmo que se pretenda dizer que são absolutos ou irrestritos até colidirem com direitos de igual categoria ou graduação (personalíssimos), quando então se processaria natural acomodação dos valores da personalidade²⁷³.

DE Cupis²⁷⁴ prefere identificar os direitos da personalidade como direitos essenciais, não patrimoniais absolutos ou extrapatrimoniais, intransmissíveis (apesar de tal característica não ser exclusiva dos direitos da personalidade, ela é constante), indisponíveis (em razão da própria impossibilidade de serem transmitidos), irrenunciáveis

²⁷² Em razão da essencialidade e da vitalicidade dos direitos da personalidade, JABUR afirma serem tais direitos irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis (GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*, p. 45).

²⁷³ Acresce o autor que "não se pode negar que a essencialidade, principal atributo, torna preponderantes os valores da personalidade diante dos direitos reais e pessoais. Permite-se até a hierarquia entre as espécies de direitos, ostentando primazia aqueles que expressam o conteúdo da dignidade humana, encarnada nos direitos personalíssimos. São, por isso, supremo em relação aos demais, de caráter patrimonial, ou ainda àqueles que identificam ações de estado (a não ser quando relacionadas a valores da própria personalidade). Mas não são absolutos entre si (entre os direitos personalíssimos propriamente). Seriam, quando muito, absolutos em si, porque carregam valores insubstituíveis ao desenvolvimento benéfico da personalidade, mas não entre si, porque hierarquia concêntrica não há, apenas entre os direitos personalíssimos (acima) e os demais que ornamentam o universo jurídico (abaixo)" (GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*, p. 70).

²⁷⁴ ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*.

(porque a personalidade jurídica não pode ser esvaziada²⁷⁵), não podem sofrer execução forçada e imprescritíveis²⁷⁶.

Para Cifuentes²⁷⁷ existem três características principais dos direitos da personalidade, a saber: inatividade, vitaliciedade e a qualidade de serem necessários. Portanto, tais características são a trilogia primeira e principal para caracterizar os direitos da personalidade. Segundo o autor os direitos da personalidade são inatos porque são adquiridos pela própria qualidade de pessoa, ou seja, tais direitos estão aderidos à materialidade da pessoa. A vitaliciedade decorre da própria condição de serem inatos à pessoa, posto que enquanto existir a pessoa, os direitos da personalidade existirão; além do que, em nenhum momento da vida humana os direitos da personalidade podem faltar para as pessoas, vez que são incindíveis da personalidade humana. Além desta trilogia, o autor afirma, ainda, que os direitos da personalidade são: essenciais (porque, segundo o autor, *"si el ordenamiento los desconociera, todos los actos derivados o eventuales perderían interés para el individuo, ya que dejaría de ser persona tal como se al concibe"*), incindíveis, inerentes, intransmissíveis, extrapatrimoniais ou não expressivos monetariamente, relativa-

²⁷⁵ Afirma De Cupis que "os direitos da personalidade são, assim, direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, e o vínculo que a ele os liga atinge a máximo de intensidade (sic). Na sua maior parte, respeitam ao sujeito pelo simples e único facto da sua qualidade de pessoa (sic), adquirida e com o nascimento, continuando todos a ser-lhe inerentes durante toda vida, mesmo contra a sua vontade, que não tem eficácia jurídica (sic)" (ADRIANO DE CUPIS, Os direitos da personalidade, p. 53).

²⁷⁶ ADRIANO DE CUPIS, Os direitos da personalidade, p. 20-61.

²⁷⁷ SANTOS CIFUENTES, Derechos personalismos.

mente indisponíveis (o que abarca as qualidades de serem: intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, não poderem sofrer execução forçada, inexpropriáveis, etc.), absolutos (ou seja, oponíveis *erga omnes*), privados e autônomos ou co-naturais²⁷⁸.

Mais especificamente no tocante à inatividade, Silva afirma que apesar de não existirem direitos anteriores à ordem jurídica, somente fatos da vida e faculdades naturais, os direitos da personalidade são inatos porque decorrem da personalidade. Porém, ressalta o autor que nem todos os direitos da personalidade são inatos; alguns são supervenientes. Cita como exemplo de direito superveniente o direito ao nome civilmente registrado só nasce com o registro civil deste, enquanto que o direito ao nome civil é inato ao indivíduo. De outro lado, DE Cupis²⁷⁹ afirma que os direitos da personalidade são inatos em razão da sua essencialidade (ou seja, por serem originários) e não em razão de existirem independentes do ordenamento jurídico²⁸⁰; por isso, afirma o autor que, todos os direitos inatos são direitos da personalidade, apesar de se verificar a hipótese

²⁷⁸ SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalismos*, p. 175-91.

²⁷⁹ ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*.

²⁸⁰ Afirma o autor que “os direitos da personalidade adquirem uma determinada figura positiva. É só então que o atributo da essencialidade adquire um valor jurídico positivo integral, isto é, quando os direitos se revestem da dita essencialidade não só tomam o lugar próprio no sistema do ordenamento positivo, mas adquirem, além disso, uma disciplina adequada e apta a assegurar-lhes proeminência relativamente a todos os outros direitos da pessoa a que respeitam. Por tal razão, os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo tanto como os outros direitos subjectivos, uma vez admitido que as ideias dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento. Por consequência, não é possível denominar os direitos da personalidade como <<direitos inatos>>, entendidos no sentido de direitos respeitantes, por natureza, à pessoa (sic)” (ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, p. 18).

de direitos que não têm por base o pressuposto da personalidade, e que, todavia, uma vez revelados adquirem caráter de essencialidade²⁸¹.

Ademais, Silva²⁸² contesta também a qualidade de essencial dos direitos da personalidade, conforme visto alhures, com a exceção do direito à vida, por entender que tais direitos *"rigorosamente, não são essenciais, uma vez que sem eles, ou sem o objeto sobre o qual eles incidem, ninguém perde a condição de pessoa"*, além do que, segundo o autor, *"deve-se entender por essencial a qualidade ou atributo sem o qual uma coisa deixa de ser o que é para constituir-se em outra"*²⁸³.

De outra borda, Szaniawski²⁸⁴ prefere creditar a intransmissibilidade, extrapatrimonialidade, a irrenunciabilidade, a indisponibilidade e o caráter absoluto ao direito geral de personalidade, ao invés de creditar tais características aos direitos da personalidade em si²⁸⁵.

2.1.6. *Classificação dos direitos da personalidade:*

²⁸¹ ADRIANO DE CUPIS, Os direitos da personalidade, p. 20-21.

²⁸² EDSON FERREIRA DA SILVA, Direitos da personalidade – os direitos da personalidade são inatos?

²⁸³ EDSON FERREIRA DA SILVA, Direitos da personalidade – os direitos da personalidade são inatos?, p. 23.

²⁸⁴ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos de personalidade e sua tutela.

²⁸⁵ ELIMAR SZANIAWSKI, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 95.

Segundo Gomes²⁸⁶, apesar da larga esfera da personalidade e da heterogeneidade de suas manifestações, torna-se necessário fixar o número e a extensão dos direitos que lhe correspondem.

Contudo, deve-se ter em mente a transposição por Carrazza²⁸⁷ da lição de Gordillo, de que "*não há classificações certas ou erradas, mas classificações mais úteis e menos úteis*"²⁸⁸. Em razão disto, neste tópico não serão comentadas as classificações, apenas transcritas, visto que de acordo com o momento poderão ser úteis ou inúteis.

Bittar²⁸⁹ distribui os direitos da personalidade em três categorias, de acordo com os aspectos centrais de cada espécie dos direitos da personalidade. A primeira espécie refere-se aos direitos da personalidade relacionados com os aspectos físicos; a segunda, aos relacionados com os aspectos psíquicos e; a terceira, relacionada com aspectos morais. Esclarece ainda o autor que os direitos da personalidade referentes ao aspecto físico englobam todos os direitos relacionados a componentes materiais da estrutura humana, isto é, contém os direitos à integridade corporal, seja no que se refere ao corpo ou as partes deste (englobando,

²⁸⁶ ORLANDO GOMES, Direitos da personalidade.

²⁸⁷ ROQUE ANTONIO CARRAZZA, Curso de direito constitucional tributário. São Paulo: Malheiros, 2000.

²⁸⁸ ROQUE ANTONIO CARRAZZA, Curso de direito constitucional tributário, p. 348.

²⁸⁹ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade.

assim, a vida, o corpo, o físico, a efígie, a voz, o cadáver, a locomoção etc)²⁹⁰; os direitos da personalidade que correspondem a aspectos psíquicos seriam os relacionáveis a elementos intrínsecos à personalidade ou à integridade psíquica, isto é, corresponderiam aos direitos ligados à liberdade, à intimidade e ao segredo; enquanto que, os direitos da personalidade relacionados com os aspectos morais diriam respeito a todos os direitos correspondentes a virtudes da pessoa na sociedade, isto é, compreenderiam todos os direitos relacionáveis ao patrimônio moral do indivíduo, a saber: a identidade, a honra e as manifestações do intelecto. Estes últimos, segundo Bittar²⁹¹, dizem respeito ao grupo de direitos da personalidade que identificam o indivíduo perante a sociedade, sendo, por isso, responsáveis pela formulação do modo de ser da pessoa e de suas projeções na coletividade; enquanto que os demais direitos possibilitam a formação individual do sujeito, através da sua integralização física e intelectual²⁹².

Bittar Filho²⁹³ entende, também, que os direitos da personalidade podem ser divididos em razão de três aspectos aglutinadores, a saber: "*direitos da personalidade ligados*

²⁹⁰ Esclarece o autor no tocante ao direito à vida que "o relevo desse bem, no âmbito jurídico, está evidenciado desde o tratamento que recebe em Constituições que, como a nossa, têm proclamado como imperativo fundamental da convivência social a proteção à vida, incluída entre os direitos essenciais da pessoa. Mas, inicialmente de cunho individualista, vem ganhando esse direito, com o avanço da doutrina, alcance mais expressivo, com a inserção da idéia de dignidade na qualificação da vida; daí, os vários programas assistenciais, sob responsabilidade do Estado – ou de instituições privadas – que têm surgido em todo o mundo, como mecanismos de viabilização desse conceito" (CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 67-8).

²⁹¹ CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade.

²⁹² CARLOS ALBERTO BITTAR, Os direitos da personalidade, p. 64-5.

²⁹³ CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO, Tutela da personalidade no atual direito brasileiro.

ao aspecto físico" (referentes a elementos materiais da estrutura humana, mas especificamente à integridade corporal), "direitos da personalidade ligados ao aspecto psíquico" (relativos a componentes intrínsecos da personalidade ou da integridade psíquica) e os "direitos da personalidade ligados ao aspecto moral" (relacionados aos atributos valorativos da pessoa na sociedade)²⁹⁴.

França²⁹⁵, constatando que há "absoluta falta de critério na distribuição da matéria" no ordenamento jurídico privado brasileiro, procura, com o intuito de diminuir o empecilho ao desenvolvimento dos direitos da personalidade na legislação e na doutrina, através da identificação de traços comuns a todos os direitos da personalidade formular uma melhor identificação destes. Em razão disto, divide os direitos da personalidade sobre três aspectos: o físico, o intelectual e o moral. Ou seja, divide os direitos da personalidade em: direitos da personalidade referentes à integridade física (direito à vida e aos alimentos; direitos sobre o próprio corpo vivo ou morto; direito sobre o corpo alheio, vivo ou morto; direitos sobre as partes do corpo vivo ou morto), direitos da personalidade referentes à integridade intelectual (direito à liberdade de pensamento; direito pessoal do autor, científico ou artístico; direito pessoal do inventor) e direitos da personalidade atinentes

²⁹⁴ CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO, Tutela da personalidade no atual direito brasileiro, p. 6-7.

²⁹⁵ R. LIMONGI FRANÇA, Direitos privados da personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização.

à integridade moral (direito à liberdade civil, política e religiosa; direito à honra; direito à honorificência; direito ao recato; direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; direito à imagem; direito à identidade pessoal, familiar e social)²⁹⁶.

Não obstante à classificação dos direitos da personalidade quanto aos aspectos de integridade física, intelectual e moral, França firma posição de que em razão da complexidade dos direitos da personalidade não cabe somente uma única classificação dos mesmos. Por isso, estabelece quatro outros critérios para classificar os direitos da personalidade, a saber: o da extensão; o da esfera do Direito; o dos aspectos fundamentais da personalidade e o do estado; subdividindo-os de acordo com duas perspectivas: a da faixa vital e a da validez. Quanto ao critério da exten-

²⁹⁶ O autor apresenta outra classificação dos direitos da personalidade; classificação mais extensa que a descrita, vez que elenca os inúmeros direitos contidos naqueles outros direitos, a saber: 1. Direito à integridade física: 1.1. Direito à vida [1.1.1. à concepção e à descendência (gene artificial, inseminação artificial, inseminação de proveta etc.); 1.1.2. ao nascimento (aborto); 1.1.3. ao leite materno; 1.1.4. ao planejamento familiar (limitação de filhos, esterilização masculina, esterilização feminina, pílulas e suas conseqüências); 1.1.5. à proteção do menor (pela família, pela sociedade); 1.1.6. à alimentação; 1.1.7. à habitação; 1.1.8. à educação; 1.1.9. ao trabalho; 1.1.10. ao transporte adequado; 1.1.11. à segurança física; 1.1.12. ao aspecto físico da estética humana; 1.1.13. à proteção médica e hospitalar; 1.1.14. ao meio ambiente ecológico; 1.1.15. ao sossego; 1.1.16. ao lazer; 1.1.17. ao desenvolvimento vocacional profissional; 1.1.18. ao desenvolvimento vocacional artístico; 1.1.19. à liberdade física; 1.1.20. ao prolongamento artificial da vida; 1.1.21. à reanimação; 1.1.22. à velhice digna; 1.1.23. relativos ao problema da eutanásia]; 1.2. Direito ao Corpo Vivo [1.2.1. ao espermatozóide e ao óvulo; 1.2.2. ao uso do útero para procriação alheia; 1.2.3. ao exame médico; 1.2.4. à transfusão de sangue; 1.2.5. à alienação de sangue; 1.2.6. ao transplante; 1.2.7. relativos à experiência científica; 1.2.8. ao transexualismo; 1.2.9. relativos à mudança artificial do sexo; 1.2.10. ao débito conjugal; 1.2.11. à liberdade física; 1.2.12. ao 'passe' esportivo]; 1.3. Direito ao Corpo Morto [1.3.1. ao sepulcro; 1.3.2. à cremação; 1.3.3. à utilização científica; 1.3.4. relativos ao transplante; 1.3.5. ao culto religioso]. 2. Direito à Integridade Intelectual: 2.1. à Liberdade de Pensamento; 2.2. de Autor; 2.3. de Inventor; 2.4. de Esportista; 2.5. de Esportista Participante de Espetáculo Público. 3. Direito à Integridade Moral: 3.1. à Liberdade Civil, Política e Religiosa; 3.2. à Segurança Moral; 3.3. à Honra; 3.4. a Honorificência; 3.5. ao Recato; 3.6. à Intimidade; 3.7. à Imagem; 3.8. ao Aspecto Moral da Estética Humana; 3.9. ao Segredo Pessoal, Doméstico, Profissional, Político e Religioso; 3.10. à Identidade Pessoal, Familiar e Social (profissional, política e religiosa); 3.11. à Identidade Sexual; 3.12. ao Nome; 3.13. ao Título; 3.14. ao Pseudônimo; 3.15. à Alcinha" (R. LIMONGI FRANÇA, Direitos privados da personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização, p. 10 e 14).

são, afirma o autor que os direitos da personalidade distinguem-se em direitos em sentido estrito (sendo este o "*direito geral e único da pessoa sobre si mesma*") e em sentido lato (é composto tanto pelo conteúdo dos direitos da personalidade em sentido estrito, quanto por todos os diversos aspectos, projeções e prolongamentos dos direitos da personalidade). No que atine ao critério da esfera do Direito, parte o autor da tríplice divisão do Direito em Público, Privado e Social, para afirmar que existem direitos da personalidade de natureza pública (consistindo estes na "*generalidade daqueles definidos nas declarações constitucionais dos direitos do cidadão*"), de natureza social (mais especificamente, direito à educação, ao trabalho, ao lazer, ao sossego etc) e de natureza privada (estes correspondentes a "*todos os que dizem respeito aos **aspectos privados** da personalidade, inclusive aqueles que, segundo outras perspectivas, se possam considerar também como de natureza pública ou social*" - destaque do próprio autor). No que se refere ao critério dos aspectos fundamentais da personalidade, França refaz a classificação quantos aos critérios de preservação da integridade física, intelectual e moral incluindo subdireitos dentre aquelas categorias anteriormente citadas²⁹⁷. Quanto ao critério do estado ou ao "*modo de ser*

²⁹⁷ A nova classificação dos direitos da personalidade quanto aos aspectos fundamentais da personalidade: "**Direito à integridade física:** que comporta o direito à vida [que contém os direitos à concepção e a descendência (gene artificial, inseminação artificial, inseminação de proveta etc), ao nascimento (aborto), ao leite materno, ao planejamento familiar (limitação de filhos, esterilização feminina e masculina, pílulas e suas conseqüências), à proteção do menor (pela família, pela sociedade), à alimentação, à habitação, à educação, ao trabalho, ao transporte adequado, à segurança física, ao aspecto físico da estética humana, à proteção médica e hospitalar; ao meio ambiente ecológico, ao sossego, ao lazer, ao desenvolvimento vocacional profissional e artístico, à liberda-

particular das pessoas", os direitos da personalidade subdividem-se em razão de dois aspectos fundamentais, a saber: "*da faixa vital*" e da "*validez*"; quanto ao aspecto da faixa vital, os direitos da personalidade distinguem-se em direitos dos *nascituros*, do *menor*, do *velho*, do *moribundo* e do *defunto*; quanto ao aspecto da validade, distinguem-se em direitos da personalidade plena, do *menor*, do *velho*, do *deficiente*, do *doente*, do *viciado*, do *sentenciado* e do *egresso*²⁹⁸.

Para Gomes²⁹⁹ os direitos da personalidade estão contidos em duas categorias de direitos, a saber: uma, direitos à integridade física (os quais contêm os direitos à vida, sobre o próprio corpo e ao cadáver) e outra, direitos à integridade moral (os quais comportam os direitos à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e o direito moral do autor). Entretanto, esclarece o autor que a expressão "integridade moral" deve ser entendida em seu sentido amplo, ou seja, no sentido de incluir nesta categoria todos os direitos da personalidade que não sejam "vincula-

de física, ao prolongamento artificial da vida, à reanimação, à velhice digna e os direitos relativos ao problema da eutanásia], o direito ao corpo vivo [que contém os direitos ao espermatozóide e ao óvulo, ao uso do útero para procriação alheia, ao exame médico, à transfusão de sangue, à alienação de sangue, ao transplante, relativos à experiência científica, ao transexualismo, relativos à mudança artificial de sexo, ao débito conjugal, à liberdade física e ao 'passe esportivo'] e o direito ao corpo morto [que comporta o direito ao sepulcro, à cremação, à utilização científica, aos relativos ao transplante e ao culto religioso]; **Direito à integridade intelectual**, que contém os direitos à liberdade de pensamento, de autor, de inventor, de esportista e de esportista participante de espetáculo público, e; **Direito à integridade moral**, o qual conjuga os direitos à liberdade civil, política e religiosa; à segurança moral; à honra; a honorificência; ao recato; à intimidade; à imagem; ao aspecto moral da estética humana; ao segredo pessoal, profissional, doméstico, político e religioso; à identidade pessoal, familiar, social, profissional, política e religiosa; à identidade sexual; ao nome; ao título; ao pseudônimo e à alcunha" (R. LIMONGI FRANÇA, Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais, p. 14).

²⁹⁸ R. LIMONGI FRANÇA, Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais, p. 13-15.

²⁹⁹ ORLANDO GOMES, Direitos da personalidade.

dos ao elemento material da pessoa" e, que por isso, estejam, direta ou indiretamente, vinculados à "projeção moral da personalidade de cada pessoa"³⁰⁰.

Fonseca³⁰¹ informa que mesmo não existindo uma classificação pacífica dos direitos da personalidade na doutrina, pode-se se distinguir os direitos da personalidade em especiais e gerais. Sendo o direito geral da personalidade representado pelo "direito à não-lesão da pessoa em todas suas manifestações imediatas dignas de proteção", enquanto que os direitos especiais de personalidade pelos desdobramentos daquele, isto é, são todos os direitos que especificamente procuram impedir ofensas à dignidade humana, tais como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à honra etc. Ainda segundo o mesmo autor, quando não verificável ofensa aos direitos especiais de personalidade, cabe a perquirição sobre ofensas genéricas ao direito geral de personalidade. Não obstante, esclarece o autor que os direitos da personalidade podem, ainda, ser observados como direitos distintos da personalidade, ou seja, não como direitos especiais correlatos a um direito geral, mas sim como direitos autônomos que possuem caracteres comuns apesar da regulação singular própria³⁰².

³⁰⁰ ORLANDO GOMES, Direitos da personalidade, p. 44-5.

³⁰¹ ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA, Anotações aos direitos da personalidade.

³⁰² ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA, Anotações aos direitos da personalidade, p. 36.

No tocante a especificação de quais são os direitos da personalidade, Arenhart³⁰³ demonstra a dificuldade de estabelecer um quadro fechado de direitos por acreditar que os direitos da personalidade, diferentemente de outros direitos, apresentam enorme mutabilidade, ou seja:

[...] alterando-se a visão que a sociedade tem dos 'direitos essenciais à existência da pessoa humana' (bem como a própria noção que a sociedade tem de pessoa humana e de status social), altera-se também o conteúdo dos direitos da personalidade³⁰⁴.

2.1.7. Os direitos da personalidade na sistemática do Código Civil:

A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, preceitua em seu Capítulo II do Título I (Das pessoas naturais) do Livro I (Das pessoas) a sistemática dos direitos da personalidade. Tal sistemática é apontada pela primeira vez no sistema jurídico nacional, na medida em que nos tempos pretéritos não havia, pelo menos de forma expressa no Código Civil, a regulação dos direitos da personalidade.

³⁰³ SÉRGIO CRUZ ARENHART, A tutela inibitória da vida privada.

³⁰⁴ SÉRGIO CRUZ ARENHART, A tutela inibitória da vida privada, p. 51.

Ademais, deve-se ter em mente, conforme Doneda³⁰⁵, que a inclusão dos direitos da personalidade na parte geral do Código Civil reflete uma mudança paradigmática no direito civil brasileiro, visto que se evidencia neste novo sistema civil a proteção da pessoa humana.

Diversamente da doutrina que evidencia inúmeras características dos direitos da personalidade, o legislador apenas evidenciou que, salvo os casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis e não limitáveis voluntariamente. O que não afasta o entendimento de que os direitos da personalidade são, como evidenciado alhures, não patrimoniais, oponíveis erga omnes, essenciais, inatos, absolutos e necessários ao exercício da personalidade humana.

Estabelece ainda o Código Civil que os direitos da personalidade podem dar margem a perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções, no caso de serem lesionados.

Elenca o Código Civil como direitos da personalidade: o direito à disposição ao próprio corpo, apesar de limitar o seu uso à exigência médica quando importar na diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, admitindo-se a possibilidade de se exercer

³⁰⁵ RAFAEL GARCIA DONEDA, Os direitos da personalidade no Código Civil, in A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional – coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35.

tal direito, conforme disposição em lei especial, nos casos de transplantes ou com a finalidade científica ou altruística, desde que gratuita e após a morte; o direito à livre disposição da vida, mas especificamente no tocante à liberdade de escolha a tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando estes implicarem risco de vida; o direito ao nome, neste compreendido o prenome e o sobrenome; o direito à integridade intelectual, pela vedação da utilização de nome de pessoa por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda que não haja intenção difamatória, ou em propaganda comercial e, também, a proteção ao pseudônimo; o direito à imagem, este limitado pela necessidade de administração da justiça ou pela manutenção da ordem pública, entretanto a sua indenização somente poderá ser pleiteada se houver divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, exposição ou utilização da imagem sem sua autorização desde que tais fatos impliquem em prejuízos a boa fama, a honra ou a respeitabilidade do sujeito ou se utilizados com intuito comercial, e; o direito a vida privada, entendido este direito como inviolável.

Quanto à fixação do rol dos direitos da personalidade, Freire de Sá³⁰⁶ afirma que "andou mal o legislador ao inserir no Código Civil de 2002, de forma tímida e exempli-

³⁰⁶ MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ, Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com alterações introduzidas pela Lei n. 10.211/01, p. 36-7.

ficativa, alguns direitos personalíssimos” porque acabou por eleger a teoria pluralista, ao invés de fixar uma cláusula geral de tutela da personalidade.

Os demais direitos não elencados pelo Código Civil na sistematização dos direitos da personalidade continuam a existir no ordenamento jurídico pátrio só que com fundamentos em leis esparsas ou em entendimento jurisprudencial.

Por fim, cabe menção de que às pessoas jurídicas, pela própria sistemática da personalidade defendida e prevista no ordenamento jurídico nacional, foram estendidos, no que lhe couber, os direitos da personalidade. Tal extensão, segundo Doneda³⁰⁷, deverá ser posta pelos intérpretes do direito, visto que caberá a estes a identificação dos direitos que cabem às pessoas jurídicas.

³⁰⁷ RAFAEL GARCIA DONEDA, Os direitos da personalidade no Código Civil, p. 55.

3. DIREITOS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA ENQUANTO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL:

O estudo do direito civil constitucional, segundo Mattietto¹, prescinde do reexame da tradicional separação do direito em público e em privado e do papel da Constituição para com o direito civil.

3.1. Sistema jurídico e a inadequada dicotomia entre direito público e direito privado - uma visão atualizada sobre a questão:

O termo dicotomia, segundo Bobbio² expressa a divisão dos elementos de um universo em dois conjuntos, os quais contêm exclusiva e exaustivamente todos os elementos daquele, ou seja, que todos os elementos do universo estejam compreendidos em um ou noutro conjunto, não podendo existir elementos que estejam fora daqueles conjuntos ou que lhe estejam contidos conjuntamente; bem como, segundo aquele autor, a divisão dos elementos de um dado universo deve ser total, na medida de conter até mesmo os potenciais ele-

¹ LEONARDO MATTIETTO, O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos, in Problemas de Direito Civil-Constitucional – coord. Gustavo Tepedino. São Paulo: Renovar, 2001, p. 164.

² NOBERTO BOBBIO, Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 13-4.

mentos deste universo, e principal, no sentido de fazer convergir as dicotomias secundárias para tais conjuntos que venham a surgir em relação a ela. Infere, assim, o autor, que os dois termos de uma dicotomia podem ser definidos um independentemente do outro ou pela definição de um (termo forte) e pela fixação da idéia negativa do outro (termo fraco), isto é, pode-se dizer que um conjunto representa a vida e o outro a não-vida ou a morte³.

Dessa forma, a dicotomia entre direito público e direito privado expressa a existência de dois conjuntos exclusivos e exaustivos de normas, que formando o universo do sistema jurídico, identificam dum lado normas de direito público ("normas que disciplinam o Estado, sua estruturação e funcionamento"⁴) e d'outro lado normas de direito não-público ou de direito privado (normas que disciplinam a "Sociedade civil, as relações intersubjetivas, e o mundo econômico"⁵).

Apesar da distinção das normas jurídicas em direito público e em direito privado ser tida quase como uma u-

³ Silveira afirma que "a distinção entre direito público e privado, objeto deste trabalho, pode ser considerada como um exemplo do primeiro caso, já que cada um dos termos enseja uma definição e estudos próprios, muito embora seja possível afirmar que, dos dois termos, o mais forte é o primeiro (o público), em razão do que, frequentemente, o privado é definido como tudo aquilo que não é público" (MICHELE COSTA DA SILVEIRA, As grandes metáforas da bipolaridade, in A reconstrução do direito privado – org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23).

⁴ EUGÊNIO FACCHINI NETO, Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado – org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003, p. 17.

⁵ EUGÊNIO FACCHINI NETO, Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, p. 17.

nanimidade e, conforme Ludwig⁶, ser tratada como questão central e fundamental da civilização ocidental, o mesmo não pode ser dito, no que diz respeito à unanimidade, quanto à fixação do termo inicial da dicotomia direito público e direito privado.

A falta de unanimidade quanto ao marco temporal em que se deu a dicotomia das normas em direito público e privado se dá porque não existe uma certeza quanto ao momento em que esta se estabeleceu pela primeira vez, apesar de haver por parte da doutrina jurídica certa polarização quanto ao surgimento daquela, na medida em que um lado da doutrina jurídica (Silveira⁷ e outros autores⁸) firma posição de que a origem da distinção das normas jurídicas entre públicas e privadas se deu no Corpus Iuris - mais precisamente quando

⁶ MARCELO DE CAMPOS LUDWIG, Direito público e direito privado: superação da dicotomia, in A reconstrução do direito privado – org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

⁷ MICHELE COSTA DA SILVEIRA, As grandes metáforas da bipolaridade, p. 21.

⁸ Segundo Ferraz Júnior “A distinção entre o poder soberano e sua esfera e o poder dos indivíduos em suas relações marca, assim, a distinção entre a esfera pública e a privada e, por conseguinte, entre direito público e privado” (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Introdução ao estudo do direito, p. 130-3). Conforme Diniz “A clássica divisão do direito público e privado é oriunda do direito romano, como se vê na seguinte sentença de Ulpiano: ‘Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum just est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privata’” (MARIA HELENA DINIZ, Compêndio de introdução à ciência do direito, p. 228). Reale afirma que “A primeira divisão que encontramos na história da Ciência do Direito é a feita pelos romanos, entre Direito Público e Privado, segundo o critério da utilidade pública ou particular da relação: o primeiro diria respeito às coisas do Estado (publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat), enquanto que o segundo seria pertinente ao interesse de cada um (privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat)” (MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito, p. 339). Montoroconcorda que “Desde o direito romano é conhecida a divisão do Direito em Público e Privado. No Digesto, encontramos o célebre fragmento, em que Ulpiano ensina: ‘no estudo do Direito, dois são os aspectos: o público e o privado. O Direito Público diz respeito às coisas do Estado, o Privado, à utilidade dos Particulares’. Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem” (ANDRÉ FRANCO MONTORO, Introdução à ciência do direito, p. 403). Silveira enfatiza que “Durante o séc. XIII até o séc. XVIII, a distinção entre direito público e direito privado se esvanece, em razão de que a discussão que então predomina no Direito é a precedência do direito natural em relação ao direito positivo, quando a comunhão até então existente entre indivíduo e Estado é rompida, e são reconhecidos ao homem direitos naturais inerentes e privados, inderrogáveis pelo direito positivo ou pela autoridade civil” e que somente com “a crise medieval dos sécs. XVI e XVII, há mais especialização do direito, como por exemplo, o direito então chamado de mercadores que se transforma em direito mercantil” (MICHELE COSTA DA SILVEIRA, As grandes metáforas da bipolaridade, p. 28).

este delimitou o que fosse direito público como sendo "*quod ad statum rei romanae spectat*" e o que fosse direito privado como "*quod ad singulorum utilitatem*" -, enquanto que outro lado desta (Ludwig⁹ e outros¹⁰) entende que a dicotomia das normas jurídicas em públicas e privadas é um fenômeno historicamente recente, na medida em que tal pretensão veio manifestar-se tão somente a partir da Revolução Francesa, para os países da família romano-germânica, e, mais fortemente, depois dos movimentos oitocentistas de codificação e constitucionalismo - visto que com a criação das Constituições passou a haver uma polaridade entre esse instrumento jurídico, como pólo público, e os Códigos Civis, como pólo privado.

Todavia, a simples falta de unanimidade na fixação do marco inicial da dicotomia das normas jurídicas em direito público e em direito privado é insuficiente para caracterizar como inadequada tal dicotomia, visto que não saber o momento exato em que surge a idéia da divisão dual

⁹ Conforme Ludwig "foi mormente devido aos movimentos oitocentistas de codificação e constitucionalismo - bem como à laboriosa tarefa de sistematização da ciência jurídica que se fez necessária - que se originou, na qualidade de verdadeiro axioma, a concepção dicotômica da relação entre direito público e direito privado" (MARCELO DE CAMPOS LUDWIG, *Direito público e direito privado: superação da dicotomia*, p. 94-6).

¹⁰ Segundo Amaral Júnior "Constituição e codificação são institutos jurídicos típicos da cultura ocidental moderna. Em sua relação, guardam ricos problemas sobre os quais diversas gerações se debruçaram e permanecem, em verdade, à espera de uma resposta. Basta lembrar que o binômio constituição-codificação é expressão de uma das mais célebres dicotomias do pensamento, qual seja o público e o privado. Afinal, parodiando Canotilho, se a Constituição pretende ser o estatuto jurídico do político, o Código tal qual concebido pelos modernos, busca desempenhar a tarefa de ser o estatuto jurídico do privado" (JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR, *Constituição e codificação: primórdios do binômio*, in *A reconstrução do direito privado* - org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54). Segundo Finger somente com a sistematização proposta por Domat é que houve a separação das normas em normas civis ou privadas (aqui contidas as normas que se destinavam a regulamentar as relações entre as pessoas privadas) e normas públicas (as que se destinavam a regular os interesses gerais) (JULIO CESAR FINGER, *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*, in *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado* - org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000, p. 86).

das normas em públicas e privadas importa tão somente na indefinição do surgimento da dicotomia e não, conseqüentemente, na sua inadequação ou na negação de sua existência.

Assim, tomando por base o sentido de dicotomia, cabe verificar se no sistema jurídico há espaço ou não para uma divisão dual, exclusiva e exaustiva de seus elementos formadores em direito público e em direito privado, independentemente do momento em que se deu tal divisão.

Entretanto, antes de iniciada a perquirição da possibilidade de existência ou não da dicotomia direito público e direito privado no sistema jurídico, admite-se, desde já, por força no foco do presente trabalho, que o tema é de extrema complexidade, o que importa a não pretensão de esgotá-lo ou de responder possíveis questões periféricas que venham a surgir da análise deste ponto, bem como não se objetivará suprir qualquer lacuna dogmática existente na doutrina pátria¹¹. Destarte, ter-se-á como meta, tão-somente, a fixação de parâmetros que possibilitem a comprovação de ser adequada ou não a referência dicotômica das normas jurídicas alhures mencionada.

¹¹ Quanto ao objeto deste tópico e, mais especificamente, no que diz respeito ao sistema jurídico, Bobbio adverte que “ainda que seja óbvia a constatação de que as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade, e que a palavra ‘direito’ seja utilizada indiferentemente tanto para indicar uma norma jurídica particular como um determinado complexo de normas jurídicas, ainda assim o estudo aprofundado do ordenamento jurídico é relativamente recente, muito mais recente que o das normas particulares, de resto bem antigo”. Em razão disto, Bobbio acaba por concluir que “a norma jurídica era a única perspectiva através da qual o Direito era estudado, e que o ordenamento jurídico era no máximo um conjunto de normas, mas não um objeto autônomo de estudo, com seus problemas particulares e diversos” (NOBERTO BOBBIO, Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.19-20).

A verificação da adequação dos termos da dicotomia das normas jurídicas em públicas e privadas passa de forma *sine qua non* pela delimitação do que seja sistema jurídico e, por conseguinte, pelo que seja sistema, visto que se o sentido deste (sistema, enquanto gênero) comportar a divisão de seus elementos em dois grupos estanques, exclusivos e exaustivos, poder-se-á verificar se no sistema jurídico (enquanto espécie daquele) há a possibilidade de se adequar uma dicotomia entre os seus elementos em normas de direito público e normas de direito privado.

No tocante à definição do que seja sistema, Abbagnano¹², Prediger¹³ e Finger¹⁴ são uníssonos em afirmar que o termo *sistema* não era conhecido pelo pensamento grego clássico, sendo somente empregue posteriormente pela filosofia para designar o discurso organizado dedutivamente, ou seja, para designar o discurso cujo todo decorre de partes derivadas uma das outras; sendo que deste sentido revelou-se uma expressão mais restrita, com o sentido específico de *ordem, organização*.

¹² NICOLA ABBAGNANO, Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 908.

¹³ CARIN PREDIGER, A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central, in A reconstrução do direito privado – org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145-6.

¹⁴ JULIO CESAR FINGER, Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, p. 87-8.

Vilanova¹⁵ enfatiza que há sistema quando houver partes de um todo interligadas por um vínculo, ou melhor, é a simples ordenação das partes constituintes de um todo.

Bobbio¹⁶ enfatiza que sistema é uma "totalidade ordenada", isto é, sistema é o conjunto de elementos que possuem certa ordem entre si, ou melhor, sistema é o conjunto de elementos que se relacionam com o todo e que mantêm coerência entre si. Baseado nisto, afirma o autor que na linguagem jurídica corrente o termo *sistema*, apesar de ter muitos significados¹⁷ e ser utilizado por cada autor conforme conveniências próprias, comumente têm sido empregue para indicar o ordenamento jurídico - que no caso, significa para o autor um conjunto unitário de normas coerentes entre si.

Neste mesmo sentido, Prediger¹⁸ alerta que apesar do termo *sistema* ser capaz de evocar uma série de signifi-

¹⁵ LOURIVAL VILANOVA, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 172-3.

¹⁶ NOBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 71.

¹⁷ Bobbio afirma que no uso histórico da filosofia do Direito e da jurisprudência emergem três significados de sistema. O primeiro significado é o que mais se aproxima do sentido de "sistema dedutivo", na medida em que expressa que as normas jurídicas de um dado ordenamento são dedutíveis de alguns princípios gerais, os quais aproximam-se da figura dos postulados nos sistemas científicos; tal significado é de acordo com o pensamento de Leibniz. O segundo significado é o usado em contraposição ao primeiro, ou seja, identifica-se sistema para indicar pelo método indutivo um ordenamento de matéria, ou seja, de simples normas parte-se para a construção de normas gerais, e classificações e divisões da matéria inteira; Bobbio afirma que a finalidade deste sentido de sistema "não é mais a de se desenvolver analiticamente, mediante regras preestabelecidas, alguns postulados iniciais, mas a de reunir os dados fornecidos pela experiência, com base nas semelhanças, para formar conceitos sempre mais gerais até alcançar aqueles conceitos 'generalíssimos' que permitam unificar todo o material dado" (1999, p. 79). O último significado de sistema é aquele que procura identificar um ordenamento jurídico em que não existam normas incompatíveis entre si; tal sentido de sistema baseia-se, exclusivamente, na validade pela coerência de seus elementos (NOBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 81).

¹⁸ CARIN PREDIGER, *A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central*, p. 146.

cados (ou no sentido de Ross¹⁹, por ser o termo *sistema* vago, ambíguo) em razão de, não se aplicando o termo *sistema* somente a uma área do conhecimento humano, haver uma polissemia de sentidos nas diversas ciências e, em especial, na ciência do Direito, o mesmo apresenta uma zona central que expressa as idéias comuns de *conjunto*, *ordem*, *coerência* e *unidade*.

Também influenciado pela diversidade de sentidos do que seja *sistema*, Carvalho²⁰, mesmo sentenciando que a expressão *sistema jurídico* é ambígua - porque pode designar tanto a Ciência do Direito quanto o próprio direito positivo - e pode levar à falácia do equívoco - prejudicando a fluência da comunicação e a compreensão do texto em que figure tal expressão (apesar de tal erro lógico não vir a se concretizar) - sintetiza a lição de Warat, de que sempre haverá uma acepção de base e outras acepções contextuais para indicar o sentido de uma expressão ambígua, para afirmar que sistema é o objeto formado por elementos que se direcionam a um princípio unitário ou se vinculam embaixo de um vetor comum; ou, na expressão de Carvalho, haverá sistema quando "houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada"²¹.

¹⁹ ALF ROSS, *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2000, p. 143.

²⁰ PAULO DE BARROS CARVALHO, *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 39.

²¹ PAULO DE BARROS CARVALHO, *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária*, p. 40.

Canaris²² discorrendo sobre as diversas definições expostas pela literatura jurídica, e mais especificamente sobre os conceitos formulados por Savigny ("concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade"), Stammler ("uma unidade totalmente coordenada"), Binder ("um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitários"), Hegler ("a representação de um âmbito do saber numa estrutura significativa que se apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada"), Stoll ("conjunto unitário ordenado") e Coing ("ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário"), observa que ainda é determinante o conceito de sistema fornecido por Kant, isto é, que sistema é a "unidade sob uma idéia, de conhecimentos variados" ou o "conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios", na medida em que emergem de todas as definições duas características: a da ordenação e a da unidade; segundo Canaris:

[...] no que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela - quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada - exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permi-

²² CLAUS-WILHELM CANARIS, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Glubenkian, 1996, p. 09-11.

tir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas²³.

Em razão disto, afirma Canaris²⁴ que sistema "não representa mais do que a tentativa de captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado âmbito material com meios racionais".

Percebe-se pela análise dos mencionados autores que para que haja sistema é necessário que haja uma ordem e uma unidade dos elementos, ou seja, para que elementos aglutinados em um conjunto venham a formar um sistema é necessário que estes estejam dispostos em uma ordem lógica, a qual possua uma direção (sentido) ou uma finalidade única, que seja capaz de afastar qualquer dos possíveis elementos que não estejam alinhados àquela como forma de manter a unidade ou a coerência do conjunto. Nesse sentido, até admite-se que haja divisão interna dos elementos em subsistemas, desde que tais divisões internas não comprometam a ordem e a unidade do sistema em si, isto é, pode haver subsistemas de elementos de um sistema desde que a ordem e a unidade destes sejam iguais à ordem e à unidade do sistema total, posto que, do contrário, a unidade do sistema total estaria comprometida pela fixação de ordens não simétricas ao do sistema total - para melhor entender, o sistema "ser

²³ CLAUS-WILHELM CANARIS, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, p. 12.

²⁴ CLAUS-WILHELM CANARIS, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, p. 69.

humano" é composto por inúmeros subsistemas, como, por exemplo, o sistema nervoso, o sistema respiratório, o sistema digestivo e outros, os quais direcionados a manter o sistema total em funcionamento precisam estar em uma determinada ordem e unidade interna, porque do contrário aquele não subsiste.

Com base no exposto, e utilizando-se da teoria de Ross²⁵, pode-se afirmar, por fim, que o termo *sistema* representa um símbolo criado pela filosofia para designar a descoberta ou a descrição filosófica do que seja *ordem, organização*, vez que acaba sempre por indicar um sentido unitário a ser seguido pelos vários elementos ou grupos de elementos dispostos num conjunto²⁶.

Fixado o sentido de sistema, cabe agora, portanto, a análise do significado do que seja sistema jurídico para que se possa verificar a possibilidade de haver ou não a dicotomia das normas jurídicas em públicas e em privadas.

²⁵ ALF ROSS, *Direito e Justiça*, p. 139-51.

²⁶ Segundo Ross, "as palavras individuais carecem de significado independentemente, possuindo apenas um significado abstraído das expressões nas quais aparecem [...] O contexto mostrará a referência com a qual a palavra tem sido usada em cada caso individual. Anotando-se assim cada referência individual surgirá uma [sic] campo de referência correspondente à palavra, que pode ser comparado com um alvo. Em torno do centro haverá uma densidade de pontos, cada um dos quais marcando um impacto na referência. Rumo à periferia a densidade decrescerá gradualmente. A referência semântica da palavra tem, por assim dizer, uma zona central sólida em que sua aplicação é predominante e certa, e um nebuloso círculo exterior de incerteza, no qual sua aplicação é menos usual e no qual se torna mais duvidoso saber se a palavra pode ser aplicada ou não [...] É válido para elas seu significado ser vago, ou seu campo de referência ser indefinido, consistindo numa zona central de aplicações acumuladas que se transforma gradualmente num círculo de incerteza que abarca possíveis usos da palavra sob condições especiais não típicas", o que faz com que o autor conclua que "o significado possível de toda palavra é vago; seu campo de referência possível é indefinido" e que "a maioria das palavras são ambíguas" (ALF ROSS, *Direito e Justiça*, p. 141-3).

Para Galvão²⁷ a dogmática jurídica caracteriza o termo sistema como sendo um:

[...] conjunto integrado de princípios e regras, que estão figurados na normatividade, como elementos dispostos por valoração hierárquicas, onde para almejarem efeitos necessitam de supostas normas de grau superiores.

Freitas²⁸ debruça-se sobre o tema adotando uma visão de sistema em que os elementos não estão relacionados entre si somente pela forma, mas, também, pelo conteúdo destes, visto que entende ser impossível destituir tais elementos de seu conteúdo; tal posicionamento, segundo Freitas, afasta uma visão irrealista e estritamente normativista, a qual procura pensar o sistema por um modo dedutivo, isto é, sob a ótica de que todas as normas jurídicas são derivadas unicamente de postulados gerais. Em razão disto, Freitas²⁹ afirma que:

[...] sempre em atenção à imprescindível e irrenunciável meta de um conceito harmônico com a racionalidade intersubjetiva, entende-se mais apropriado que se conceitue o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático

²⁷ FLÁVIO ALBERTO GONÇALVES GALVÃO, Sistema, hierarquia de normas e princípios constitucionais no direito. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 3, n. 13, out./dez., 1995, p. 84.

²⁸ JUAREZ FREITAS, A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 25-46.

²⁹ JUAREZ FREITAS, A interpretação sistemática do direito.

de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição³⁰.

Vê-se, assim, de forma preliminar que a idéia de sistema comportaria uma divisão de seus elementos em quantos grupos se quiser desde que seja mantida a ordem interna (enquanto expressão de sentido, de direção, de fim a que se destina) e não haja rompimento da unidade do conjunto sistemático.

Mais especificamente quanto ao que seja sistema jurídico, Carvalho³¹ afirma que o sistema jurídico é um sistema *proposicional* (porque formado por proposições) *nomoempírico* (porque formados por proposições nomoempíricas) *prescritivo* (porque é composto por elementos que se dirigem à conduta social)³², isto é, o sistema jurídico é o repertório de linguagem prescritiva, pertencente à região ôntica dos objetos culturais, que produzido pelos homens visa disciplinar as condutas intersubjetivas individuais. Ou melhor, na lição do referido autor, sistema jurídico seria o:

³⁰ JUAREZ FREITAS, A interpretação sistemática do direito, p. 25.

³¹ PAULO DE BARROS CARVALHO, Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária, p. 39-42.

³² Esclarece Carvalho que "como sistema nomoempírico prescritivo, o direito apresenta uma particularidade digna de registro: as entidades que o compõem estão dispostas numa estrutura hierarquizada, regida pela fundamentação ou derivação, que se opera tanto no aspecto material quanto no formal ou processual, o que lhe imprime possibilidade dinâmica, regulando, ele próprio, sua criação e suas transformações" e que "todas as normas do sistema convergem para um único ponto – a norma fundamental –, que dá fundamento de validade à Constituição positiva. Seu reconhecimento imprime, decisivamente, caráter unitário ao conjunto, e a multiplicidade de normas, como entidades da mesma índole, lhe confere o timbre de homogeneidade. Isso autoriza dizermos que o sistema nomoempírico do direito é unitário e homogêneo, afirmação que vale para referência ao direito nacional de um país ou para aludirmos ao direito internacional, formado pela conjunção do pluralismo dos sistemas nacionais" (PAULO DE BARROS CARVALHO, Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária, p. 45-6).

[...] conjunto de todas as normas jurídicas válidas, num determinado intervalo de tempo e sobre específico espaço territorial, inter-relacionadas sintática e semanticamente, segundo um princípio unificador³³.

Ademais, ressalta Carvalho³⁴ que o conjunto de enunciados prescritivos que formam o sistema jurídico possui para ser recepcionado pelos seus destinatários um mínimo de racionalidade, o que por si só já lhe garante a condição de sistema.

Vilanova³⁵, baseado na sua definição de sistema, afirma que o sistema jurídico se dá quando determinados elementos (elementos estes que são constituídos por proposições ou entes lógicos, cujo veículo expressional adequado é a linguagem proposicional) são agrupados (em conjunto) entorno de um dado suporte factual elevado à condição de fato jurídico fundamental - que no caso, tanto pode ser a Constituição, como elementos normativos de Direito Internacional Público ou quaisquer outros elementos fáticos que gozem de normatividade-fundamental. Em razão disto afirma Vilanova que "qualquer forma normativa de relacionar os elementos será apenas mera possibilidade lógica se a forma normativa não pertencer a um sistema" e que a pertinencialidade ao sistema será verificada quando se puder verificar a relação

³³ PAULO DE BARROS CARVALHO, *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária*, p. 39.

³⁴ PAULO DE BARROS CARVALHO, *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária*, p. 39.

³⁵ LOURIVAL VILANOVA, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 163-172.

entre a forma normativa e as fontes de criação do Direito, e quando tais fontes "se reconduzirem à fonte última, à última razão-de-validade, o fundamento de validade de toda norma: a norma fundamental".

Segundo Canaris³⁶ as características existentes em qualquer sistema - a saber, ordenação interna e unidade - carecem de confirmação, a qual deve se fundamentar no próprio objeto do sistema, que no caso do sistema jurídico, é a própria essência do Direito. Entretanto, afirma o autor que no caso do sistema jurídico as características de ordenação interna e de unidade são mais do que postulados lógico-jurídicos deste, visto que ambas as características guardam correlação no direito com o princípio da igualdade decorrente do postulado jurídico da justiça, ou seja, no direito a ordem é expressa no postulado de que se deve tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, e estes na medida de suas diferenças, devendo para isso tanto juiz quanto o legislador adequarem as normas a este fim - a ordem existente no sistema jurídico faz com que as normas jurídicas visem, sempre, a justiça por meio da efetivação concreta da igualdade, e; a unidade vise coordenar os inúmeros valores singulares internos existentes no sistema jurídico a fim de que a ordem interna seja mantida pela exclusão das contradições e pela manutenção dos poucos

³⁶ CLAUS-WILHELM CANARIS, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, p. 19-21.

princípios abstratos e gerais imanentes da idéia de igualdade decorrente do postulado da justiça³⁷.

Entretanto, apesar de ser possível a fragmentação de um sistema em vários subsistemas, não há no sistema jurídico unanimidade quanto ao critério que motivaria a dicotomia das normas jurídicas em direito público e em direito privado, visto que, segundo Montoro³⁸ Facchini Neto³⁹, inexistente critério perfeito para realizar tal distinção e há também uma multiplicidade de proposta de critérios insatisfatórios, o que, por si só, faz com que aquela dicotomia das normas jurídicas seja inadequada.

Tal multiplicidade de critérios insatisfatórios propostos pela doutrina jurídica é comprovada, de forma indireta, por Diniz⁴⁰ quando do elenco, por parte desta, dos múltiplos critérios escolhidos por Savigny (*critério da finalidade do direito*), por Ihering (*critério das propriedades individual, do Estado e coletiva*), por Thön (*critério da referência quanto às ações*), Kahn (*critério da patrimo-*

³⁷ Afirma Canaris que "longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio igualdade e na tendência para a generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a segurança jurídica, aponta na mesma direcção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um direito ordenado em sistema do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras" (CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 22).

³⁸ ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Introdução à ciência do direito*, p. 403.

³⁹ EUGÊNIO FACCHINI NETO, *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*, p. 14.

⁴⁰ MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 229-31.

nialidade ou não do direito), Gurvitch e Radbruch (*critério quanto à subordinação ou coordenação dos sujeitos nas relações jurídicas*), Jellinek (*critério dos sujeitos dotados de imperium e relações entre pessoas e os que se submetem ao seu imperium*) e por Telles Jr. e Reale⁴¹ (*critério misto ou do interesse preponderante protegido pela norma e da forma da relação jurídica regulada por prescrição jurídica*) para realizar a dicotomia das normas jurídicas em normas de direito público e em normas de direito privado.

Além do mais, a análise de todos os critérios expostos pela doutrina para justificar uma dicotomia das normas jurídicas em públicas e privadas são passíveis de falhas. Senão vejamos. Os critérios propostos por Savigny e Jellinek são inadequados para a justificação da dicotomia das normas jurídicas em públicas e privadas porque o Estado, apesar de possuir o poder de imperium, apresenta-se em determinadas situações na mesma condição dos particulares, o que impede que o sujeito da relação ou a qualidade deste seja o elemento ideal para justificar a referida dicotomia; os critérios expostos por Khan e Jhering são falhos para justificar a dicotomia das normas em públicas e privadas porque se baseando no critério patrimonial dos direitos, seja para mencionar a qualidade destes, seja para identificar as suas possíveis espécies, deixam de reconhecer que o direito não é fundado somente no direito de propriedade e

⁴¹ MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito, p. 340.

de relacionar direitos que são materialmente privados que não possuem conteúdo patrimonial e direitos públicos que possuem qualidade patrimonial - como, por exemplo, o direito privado de família e o direito público de desapropriação; o critério de Thön não justifica a dicotomia porque inverte a relação, na medida em que afirma que os direitos são privados ou públicos porque as ações que lhe garantem são privadas ou públicas, quando na verdade as ações são privadas ou públicas quando os direitos são privados ou públicos, e, também, porque por se basear nas ações que garantem os direitos para justificar a qualidade de público ou de privado dos direitos deixa de abranger a totalidade destes - por exemplo, os direitos tutelados pelo direito penal são na sua imanência públicos, apesar de algumas das ações dependerem do interesse do particular; e, por último, os critérios apontados por Telles Jr, Reale, Gurvitch e Radbruch são falhos para justificar a dicotomia das normas em públicas e privadas porque determinados direitos que são exercidos pelo Estado, como, por exemplo, o Direito Internacional Público, não possuem a qualidade de subordinação, pelo contrário são direitos exercidos em coordenação⁴².

⁴² Diniz reforça a crítica à dicotomia das normas jurídicas em públicas e em privadas quando afirma que “não se pode afirmar, com segurança, se o interesse protegido é do Estado ou dos indivíduos, pois nenhuma norma atinge apenas o interesse do Estado ou do particular” e também porque “tão interligados estão os interesses que é impossível verificar, com exatidão, qual o que prepondera” (MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 228-9). Reale também corrobora com a posição defendida acima quando afirma que “é necessário, com efeito, determinar melhor os elementos distintivos e salientar a correlação dinâmica ou dialética que existe entre os dois sistemas de Direito” (MIGUEL REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 340).

Quanto à possibilidade de se fixar a dicotomia das normas jurídicas em públicas e privadas em razão do interesse acobertado pela norma - no sentido de Telles Jr. e Reale -, concorda-se com Mattietto⁴³ de que tal justificativa é inviável para tal fim porque a crescente complexidade do direito e de suas instituições e a crescente fixação de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos acaba por tornar "bastante difícil localizar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público".

Ross⁴⁴ também se mostra cético quanto à possibilidade de haver uma distinção sistemática das normas em públicas e privadas porque entende ser impossível explicar o que seja direito público ou privado pela simples negativa do outro, ou seja, afirmar que direito público é o conjunto de todas as normas que não forem de direito privado e vice-versa. Afirma o autor que a distinção ampla de forma negativa do que seja direito público ou que seja direito privado é impossível porque se houver a identificação do direito público pela negação do que seja direito privado haverá a formação de uma esfera não homogênea, enquanto que se houver a identificação do que seja direito privado e a consequente identificação negativa do que seja direito público, o direito privado acaba por perder a sua coerência e seu

⁴³ LEONARDO MATTIETTO, O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos, p. 164-5.

⁴⁴ ALF ROSS, Direito e justiça, p. 239-251.

significado⁴⁵. Entretanto, Ross conclui que é possível a formulação de conceitos precisos sobre o que sejam direitos público e privado, apesar de tais conjuntos não serem exaustivos quando postos em conjunto porque do contrário todas as tentativas de definir a distinção entre o direito público e o direito privado como uma divisão dicotômica é insustentável.

Finger⁴⁶, Doneda⁴⁷ e Mattietto⁴⁸, do mesmo modo, se mostram contrários à dicotomia das normas em públicas e privadas, apesar de ressaltarem que tal impossibilidade somente é aceita a partir do processo de supremacia da Constituição sobre as demais normas de um dado ordenamento, porque acredita que todas as normas infraconstitucionais são, na verdade, direito constitucionalizado, o que inviabiliza a existência de um direito civil autônomo e, por consequência, uma dicotomia das normas em públicas e privadas. Além do mais, ressaltam que a Constituição, não é nem direito público e nem direito privado, mas sim um supraordenamento que vincula todo o ordenamento infraconstitucional com seus valores, princípios e normas, e que as de-

⁴⁵ Acresce Ross que “se, com o intuito de conferir coerência aos conceitos, optarmos por tomar os dois termos em seus significados admissíveis, isto é, direito público como direito que se refere ao status das autoridades públicas e direito privado como o direito que pode ser assegurado por processos civis entre pessoas particulares, enfrentaremos, então, a dificuldade de que os termos privado e público sugerem uma divisão exaustiva que inexistente. Se conservamos a terminologia – e é difícil não fazê-lo – temos que frisar que os dois termos não implicam uma divisão fundamental em duas partes da totalidade do material do direito” (ALF ROSS, *Direito e justiça*, p. 245).

⁴⁶ JULIO CESAR FINGER, *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*, p. 94.

⁴⁷ DANILO CESAR MAGANHOTO DONEDA, *Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade*, p. 124-5.

⁴⁸ LEONARDO MATTIETTO, *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*, p. 166.

mais legislações infraconstitucionais passam a gravitar em torno da Constituição na medida em que aquelas são imbuídas por esta.

Rodrigues⁴⁹, apesar de justificar sua negação de forma diferente dos demais autores mencionados, mostra-se, outrossim, contrário à dicotomia das normas em públicas e privadas. Afirma o referido autor que a impossibilidade de haver dicotomia das normas em públicas e privadas se dá pelo reconhecimento da pessoa "como valor central e unitário do ordenamento jurídico civil", pela conseqüente perda de espaço daquela dicotomia em razão da ampliação da tutela da pessoa humana - a qual não é mais exclusiva do Estado, mas, sim, de toda sociedade e de toda relação de atuação do indivíduo - e pela concretização e efetivação da dignidade da pessoa humana pela normativa civil⁵⁰.

Contudo, apesar de se concordar que não se deve mais ressaltar a dicotomia das normas em públicas e privadas tão evidente no período liberal, não se pode esquecer também da lição de Facchini Neto⁵¹ de que apesar do término daquela dicotomia ainda subsistem diferenças "quantitativas" entre normas privadas e públicas.

⁴⁹ RAFAEL GARCIA RODRIGUES, A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, p. 33.

⁵⁰ Neste sentido ver: DANILO CESAR MAGANHOTO DONEDA, Os direitos da personalidade no Código Civil; LEONARDO MATTIETTO, O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos, p. 165-7.

⁵¹ EUGÊNIO FACCHINI NETO, Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, p. 29.

Em razão do exposto até aqui, tem-se como mais certa a posição firmada por Ferraz Júnior⁵², Tepedino⁵³ e por Diniz⁵⁴ de que a questão da dicotomia das normas jurídicas não surge da simples identificação de grupos exclusivos e exaustivos de elementos, mas, pelo contrário, advém da necessidade do método tópico em buscar meros pontos de orientação e organização da matéria (lugares comuns) mais abrangentes e capazes de distinguir e classificar os próprios critérios de classificação e de distinção, isto é, justificam-se em razão da sua utilidade didática. Em razão disto, ressalta Ferraz Júnior⁵⁵ que as grandes dicotomias (direito público e direito privado, direito objetivo e direito subjetivo) acabam por permitir, num sentido dogmático ou tópicico, certa sistematização estática das normas, ou seja, permitem que haja o "estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e outro grupo", o que acaba por reduzir o caráter vago e ambíguo dos conjuntos dicotômicos e possibilitar maior certeza ao conteúdo destes.

Tem-se, assim, por conclusão que a dicotomia das normas jurídicas em públicas e privadas é inadequada, na medida em que é, conforme Diniz⁵⁶, "impossível uma solução

⁵² TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Introdução ao estudo do direito, p. 130-8.

⁵³ GUSTAVO TEPEDINO, O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, in Constituição: premissas para uma reforma legislativa, in Problemas de Direito Civil-Constitucional – coord. Gustavo Tepedino. São Paulo: Renovar, 2001, p. 03.

⁵⁴ MARIA HELENA DINIZ, Compêndio de introdução à ciência do direito, p. 232.

⁵⁵ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Introdução ao estudo do direito, p. 130-8.

⁵⁶ MARIA HELENA DINIZ, Compêndio de introdução à ciência do direito, p. 232.

absoluta ou perfeita do problema da distinção entre direito público e privado", ou, conforme Kelsen⁵⁷, é vã a procura por uma definição dos conceitos de direito público e privado que não seja ambígua. Entretanto, admite-se, no máximo, assim como Ferraz Júnior⁵⁸, Diniz⁵⁹, Tepedino⁶⁰ e Silveira⁶¹, que a dicotomia possa ser mantida como forma de distinguir as normas jurídicas, apesar de tal distinção não ser nos mesmos moldes propostos por Bobbio e de se dissolver perante "determinadas situações impostas pela nova ótica de re-fundação das bases do direito privado em face da Constituição"; ou, como GALGANO⁶², que tais distinções somente sejam toleradas como "via de prima approssimazione", na medida em que inadequada não é a dicotomia das normas jurídicas, porque foi visto que o sistema jurídico comporta uma dicotomia desde que mantidos a sua ordem interna e a sua unidade, mas sim a dicotomia destas em públicas e privadas.

Destarte, apesar do sistema jurídico não comportar uma dicotomia de suas normas em públicas e privadas, suas normas podem ser dispostas em conjuntos ou em subsistemas preponderantemente públicos ou privadas, em razão do caráter preponderante das normas e da atividade dos sujeitos a

⁵⁷ HANS KELSEN, Teoria geral do Direito e do Estado, p. 289.

⁵⁸ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Introdução ao estudo do direito, p. 130-8.

⁵⁹ MARIA HELENA DINIZ, Compêndio de introdução à ciência do direito, p. 232.

⁶⁰ GUSTAVO TEPEDINO, O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, p. 03.

⁶¹ MICHELE COSTA DA SILVEIRA, As grandes metáforas da bipolaridade, p. 49-50.

⁶² MARCOS DE CAMPOS LUDWIG, Direito público e direito privado: a superação da dicotomia, p. 93.

que as normas se destinam a regulamentar⁶³. Assim, o conjunto de normas preponderantemente privadas pode ser aglutinado em códigos privados, como, por exemplo, o código civil ou o código comercial; e o conjunto de normas públicas em códigos públicos, como, por exemplo, a Constituição.

Entretanto, tal possibilidade não impede que normas de caráter público convivam, interajam e, até mesmo, suplementem regras de direito privado e vice-versa, porque (independentemente do caráter preponderante destas e das atividades dos sujeitos que as normas visam regulamentar) as normas, em si, estão contidas em um único sistema total: o sistema jurídico. Por isso, normas preponderantemente públicas podem estar disciplinadas em estatutos, ordenamentos ou códigos privados, da mesma forma que códigos, estatutos e ordenamentos preponderantemente públicos podem conter regras privadas - exemplo disto é que normas preponderantemente privadas de direito civil estão contidas hodiernamente nas Cartas Constitucionais através do direito civil constitucional.

Por fim, deve-se ter ciência que a superação da dicotomia público/privado faz com que se reconheça que mais

⁶³ Diniz relata que "hodiernamente, se tem buscado o elemento diferenciador no sujeito ou titular da relação jurídica, associando-se o fator objetivo ao subjetivo. O direito público seria aquele que regula as relações em que o Estado é parte, ou seja, rege a organização e atividade do Estado considerado em si mesmo (direito constitucional), e em suas relações com os particulares, quando procede em razão de seu poder soberano e atua na tutela do bem coletivo (direitos administrativos e tributário). O direito privado é o que disciplina as relações entre particulares, nas quais predomina, de modo imediato, o interesse de ordem privada, como compra e venda, doação, usufruto, casamento, testamento, empréstimo etc." (MARIA HELENA DINIZ, Compêndio de introdução à ciência do direito, p. 232).

do que a mera divisão pragmática das normas o que prevalece no atual modelo de sistema jurídico é a prevalência da unidade sistêmica em razão de determinados valores ou princípios sobre os demais e sobre o restante das normas. Parte-se, portanto, de uma existência fragmentada e dicotômica do sistema jurídico para uma unidade jurídica em torno de determinados pontos centrais como, por exemplo, a pessoa humana, a sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento⁶⁴.

3.2. Conseqüências da sistemática da natureza unitária das normas:

Conforme visto no tópico anterior, não cabe mais fixar as normas jurídicas em campos estanques e dicotômicos. As normas jurídicas não são mais, como no período liberal, públicas ou privadas. Pelo contrário, as normas são públicas e privadas, na medida em que não visam mais disciplinar relações, mas tão somente concretizar valores e princípios jurídicos, os quais são aplicados em todos os subsistemas legais, da mesma forma e com a mesma importância - a dignidade humana não será mais importante ou valorizada nas relações públicas do que nas privadas, bem como o livre desenvolvimento da personalidade goza de mesma mag-

⁶⁴ Ver neste sentido: LEONARDO MATTIETTO, O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos, p. 167 e ss.

nitidade nas relações entre indivíduos e nas relações travadas pelo Estado com estes ou com outros entes estatais.

Dessa forma, deve-se evidenciar que pela erosão da dicotomia público/privado das normas e pela implementação de um novo sistema unitário gravitacional das normas jurídicas surgem algumas alterações no sistema jurídico atual.

Dentre várias alterações no sistema jurídico, sobressaem as seguintes.

A primeira alteração que se apresenta no sistema jurídico é que, conforme já explicitado anteriormente, não se pode mais falar de relações jurídicas públicas contrastadas a relações jurídicas privadas. Passam a existir apenas e tão somente relações jurídicas, visto que estas apresentam sempre e em quaisquer situações dois graus de natureza, mesmo que aparentemente seja evidenciado somente um de seus aspectos. Inexistem mais, nos termos de Mattietto⁶⁵, relações jurídicas onde os particulares estejam a salvo das ingerências do Estado, bem como atividades estatais que ainda estejam pautadas na cega subordinação do indivíduo.

A segunda alteração no sistema jurídico é a ampliação da convergência entre normas privadas e normas públicas. Já que não cabe mais a distinção do conteúdo ou das

⁶⁵ LEONARDO MATTIETTO, O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos, p. 165.

relações tuteladas pelas normas, estas precisam convergir para um ponto em comum, para que sejam suficientemente capazes de tutelar tanto as relações entre os indivíduos quanto entre estes e o Estado. Tal convergência opera-se, conforme Facchini Neto⁶⁶, nas duas direções, seja porque o Estado passa a utilizar "institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares, e conseqüentemente abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos", seja porque o "direito privado se desloca em direção ao público".

Uma terceira modificação sensível é a apresentada por von Gehlen⁶⁷. Segundo este autor, o afastamento da dicotomia das normas em públicas e privadas faz com que haja uma mudança na ética individual da vontade e da liberdade para uma ética social da responsabilidade solidária, a qual implica na expansão da responsabilidade pela existência de cada um dos membros da sociedade do Estado para a sociedade como um todo.

Outra modificação no sistema jurídico é apresentada por Facchini Neto⁶⁸ e por Sarmento⁶⁹, qual seja: a normatização constitucional de preceitos de direito privado e

⁶⁶ EUGÊNIO FACCHINI NETO, Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, p. 26.

⁶⁷ GABRIEL MENNA BARRETO VON GEHLEN, O chamado direito civil constitucional, in A reconstrução do direito privado – org. Judith Martins-Costa. São paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 178 e ss.

⁶⁸ EUGÊNIO FACCHINI NETO, Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, p. 13 e ss.

⁶⁹ DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 41 e ss.

processual (trata-se do chamado fenômeno da relevância constitucional das relações constitucionais). Tal fenômeno faz com que o primado do privado sobre o público (este evidenciado pelo predomínio da "liberdade dos modernos" sobre a "liberdade dos antigos") perca substancial espaço para o primado do social, o qual se expressa pelo "aumento da intervenção estatal e pela regulação coativa dos comportamentos individuais e dos grupos intermediários".

Tal normatização constitucional de preceitos de direito privado, segundo Souza⁷⁰, acaba por implicar um re-dimensionamento dos valores fundamentais do direito privado.

Contudo, não se pode esquecer que, conforme explicita Sarmento⁷¹:

[...] a exarcebação deste processo de publicização do privado encerra perigos evidentes. Se é certo que os excessos do individualismo egocêntrico do liberalismo tinham de ser podados, em prol de interesses da coletividade e em especial dos hipossuficientes, não é menos certo que a afirmação da superioridade do coletivo sobre o individual - expressão de uma concepção organicista da sociedade, na qual a pessoa humana, como parte, fica subordinada aos interesses do todo - representa a ante-sala para o totalitarismo.

⁷⁰ MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado, in A reconstrução do direito privado – org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 307.

⁷¹ DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 41.

Canotilho⁷² ressalta que avdém outros perigos da normatização constitucional de preceitos de direito privado ou, como ele prefere, da "panconstitucionalização", como a hipertrofia irradiante dos direitos fundamentais, como a perda irredutível da autonomia das regulações civilísticas causadas pela modificação substancial do conteúdo destas pela eficácia direta dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. Contudo, concorda-se com o autor lusitano que tais perigos são diminuídos pela necessidade de que os direitos fundamentais venham a reconhecer um espaço de auto-regulação civil, a fim de evitar que aqueles se transformem num "direito de não-liberdade" do direito privado"⁷³.

Todavia, mesmo com todas essas ressalvas, credita-se à normatização constitucional de preceitos de direito privado o aperfeiçoamento do sistema jurídico, seja pela fixação da unidade sistemática como preceito fundante do ordenamento jurídico, seja pela ampliação do conteúdo material das normas constitucionais e a conseqüente ampliação da aplicação hermenêutica destas às normas infraconstitucionais⁷⁴ ou, seja pela percepção de que o ordenamento cons-

⁷² JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? Eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*, in *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides – org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113.

⁷³ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? Eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*, p. 113.

⁷⁴ Hesse afirma que "las constituciones estaban lejos de provocar o programar modificaciones del derecho Privado porque no les correspondía una eficacia vinculante frente al legislador del Derecho Privado" e porque "si la valoración precedente de la naturaleza y de las tareas del actual Derecho Constitucional y del actual Derecho

titucional e civil deve migrar da simples proteção ao patrimônio para a efetiva proteção do desenvolvimento da pessoa e da sua personalidade pela "repersonalização" do ordenamento jurídico⁷⁵.

Assim, transcorridas essa rápida análise sobre as modificações no sistema jurídico decorrentes da suplantação da dicotomia público/privado, carece ser melhor analisada a privatização do direito constitucional, visto que esta está diretamente ligada ao tema do direito à privacidade. Tal análise será realizada pelo estudo do elemento que melhor evidencia a privatização do direito constitucional ou a constitucionalização do direito civil - o direito civil constitucional⁷⁶.

3.3. O direito civil constitucional⁷⁷:

Privado es correcta, ambos aparecen como partes necesarias de um orden jurídico unitario que recíprocamente se complementan, se apoyan y se condicionan. En tal ordenamiento integrado, el Derecho Constitucional resulta de importancia decisiva para el Derecho Privado, y el Derecho Privado de importancia decisiva para el Derecho Constitucional" (KONRAD HESSE, Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001, p. 35-81).

⁷⁵ Neste sentido ver: EUGÊNIO FACCHINI NETO, Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, p. 32 e ss.

⁷⁶ Deve se ter em mente que existem inúmeras denominações empregues para identificar a constitucionalização do direito civil, como, por exemplo, dentre outras, direito civil constitucional, direito constitucional civil, direito constitucional da pessoa, direito privado constitucional.

⁷⁷ Entendeu-se por bem explicar por meio de nota qual o motivo pelo qual preferiu-se a denominação direito civil constitucional às denominações direito constitucional civil, direito constitucional da pessoa, direito privado constitucional e outras possíveis. Entendeu-se por mais apropriada a denominação direito civil constitucional porque o vocábulo constitucional qualifica o vocábulo civil e faz com que a locução direito civil constitucional indique normas de conteúdo civil, mas formalmente constitucionais. A locução direito civil constitucional reduz o rol de direitos materialmente civis e formalmente constitucionais que estão contidos dentro daquele espectro, ao invés da denominação direito privado constitucional que acaba incorporando quaisquer outros direitos privados que não somente os civis. Afastam-se também as denominações direito constitucional civil e direito constitucional da pessoa porque se entende que os direitos em voga são materialmente civis e não constitucionais, bem como são formalmente constitucionais ao invés de serem civis ou pessoais.

Apesar de Von Gehlen⁷⁸ afirmar que o estudo do direito civil constitucional encerra em si "cerradas celeumas e perplexidades" na doutrina estrangeira e não desperta importância dos doutrinadores pátrios por ser produto de um processo jurídico relativamente novo, tem-se como necessidade ao estudo do direito à intimidade a exploração daquela espécie de direito constitucional porque, como se verá posteriormente, o direito à intimidade é um direito da personalidade constitucionalizado. Logo, portanto, estudar direito à intimidade sem passar os olhos sobre o que seja o direito civil constitucional é desprezar a origem daquele, na medida em que, conforme destaca Hesse⁷⁹, "desde un principio habría existido una relación estrecha y necesaria entre Derecho Constitucional y Derecho Privado".

Assim, como ponto preliminar ao estudo do que seja o direito civil constitucional, deve-se delimitar, mesmo que superficialmente, o que vem a ser o subsistema direito civil, na medida em que este conjunto de normas intitulado como direito civil representa o gênero ou o conjunto total que engloba a espécie ou o subconjunto das normas de direito civil constitucional.

⁷⁸ GILBERTO MENNA BARRETO Von GEHLEN, O chamado direito civil constitucional, p. 174-5.

⁷⁹ KONRAD HESSE, Derecho constitucional y Derecho privado, p. 33-4.

Reale⁸⁰ afirma que o direito civil é o direito comum ou fundamental a todos os homens, no sentido de que este regulamenta o modo de ser e de agir dos indivíduos, porque, a norma civil não distingue os seres humanos em razão de sua categoria social ou econômica, mas tão somente enquanto pessoas, com direitos e deveres, na qualidade de esposo ou esposa, pai ou filho, credor ou devedor, alienante ou adquirente, proprietário ou possuidor, condômino ou vizinho, testador ou herdeiro etc. Em razão disto acrescenta Reale que o direito civil, baseando-se nos princípios da *personalidade* (que todo ser humano é sujeito de direitos e deveres pela simples condição de ser homem), da *autonomia da vontade* (de que as pessoas têm poder para realizar ou deixar de realizar certos atos em razão de sua vontade própria), da *liberdade de estipulação negocial* (que os indivíduos gozam de liberdade de contratar ou negociar dentro dos limites legais), da *propriedade individual* (o indivíduo, em decorrência de seu trabalho ou por força de outros expedientes previstos em lei, pode desempenhar sua personalidade sobre bens móveis ou imóveis, os quais passam a ser objeto exclusivo de seu querer), da *intangibilidade familiar*, da *legitimidade da herança* e do *direito de testar* e no da *solidariedade social* (que o desempenho dos direitos individuais esteja de acordo com as exigências do todo coletivo), procura disciplinar os inúmeros direitos pessoais, obrigacionais, associativos, reais, de família e de sucessão.

⁸⁰ MIGUEL REALE, Lições preliminares de direito, p. 357-61.

Montoro⁸¹, em posição similar à de Reale, delimita que o direito civil disciplina as relações pessoais, de família ou de propriedade de todos os indivíduos é tido como direito privado ou direito comum.

Diniz⁸², também em posição similar a dos autores pré-citados, afirma que o direito civil é o ramo do direito privado que:

[...] regulamenta os direitos e deveres de todos os indivíduos, enquanto tais, contendo normas sobre o estado e capacidade das pessoas e sobre as relações atinentes à família, às coisas, às obrigações e sucessões.

Flórez-Valdés⁸³ amplia o espectro de visão sobre o direito civil porque entende que o direito civil apresenta, desde o direito romano, um conteúdo material próprio ou intrínseco (formado pela tríade pessoa, família e patrimônio) e um conteúdo residual ou variável (composto pelas disposições gerais, pelas matérias referentes às fontes do direito, à obrigatoriedade das leis no tempo e no espaço, à hierarquia normativa e etc.)⁸⁴.

⁸¹ ANDRÉ FRANCO MONTORO, Introdução à ciência do direito, p. 420.

⁸² MARIA HELENA DINIZ, Compêndio de introdução à ciência do direito, p. 233.

⁸³ JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, El derecho civil constitucional. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991, p. 43.

⁸⁴ Afirma Flórez-Valdés que "el conjunto de materias residuales y variables los encontramos cifrado, fundamentalmente, en lo que hoy constituye la regulación comprendida en el Título preliminar del Código civil: fuentes del Derecho, su enumeración y jerarquía y derogación de las leyes; criterios de interpretación y eficacia general de las normas jurídicas; ámbito temporal (derecho transitorio) y espacial (Derecho internacional privado), así como ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional. Pero, aun excedien-

Transpassado o estudo preliminar do que seja direito civil, cabe a análise de como houve a constitucionalização do direito civil.

Segundo Canaris⁸⁵, "o Direito positivo, mesmo quando consista numa ordem jurídica assente na ideia de codificação, é, notoriamente, susceptível de aperfeiçoamento, em vários campos" em razão de que "o sistema, como unidade de sentido, compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de ser, isto é, que tal como esta, não é estático, mas dinâmico, assumindo pois a estrutura da historicidade", ou seja, o sistema jurídico possibilita que novos princípios ou valores fundamentais constituintes mudem as próprias unidades sistemáticas nas quais se corporificam. Ou melhor, a incorporação de novos princípios ou valores em um dado sistema pode acabar, por fim, na própria modificação da ordem do sistema e, conseqüentemente, na própria modificação do sistema em si, na medida em que tais novos princípios ou valores informem uma nova ordem a ser seguida pelos demais elementos do conjunto sistemático e possuam força de unitária suficiente para, expugnando os elementos contrários a nova ordem, manter incólume a unidade do sistema total.

do de aquella regulación preliminar o general, asume también materias de mayor especificidad o concreción, tales como las relativas a nacionalidad, régimen de bienes de dominio público, servidumbres legales de interés público, prueba de la obligaciones o concurso de acreedores" (JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, El derecho civil constitucional, p. 63).

⁸⁵ CLAUS-WILHELM CANARIS, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, p. 107-8.

Tais incorporações de novos princípios e valores que acabam por influenciar a totalidade do sistema não são somente visíveis no sistema jurídico total, mas, também, nos seus vários subsistemas, como, por exemplo, no sistema constitucional, o qual pelo surgimento de novos valores e princípios fez com que as Constituições incorporassem novas regras passando de meros manifestos revolucionários ou de cartas constitucionais sintéticas, que somente previam direitos políticos e direitos de ordem negativa, para cartas constitucionais sociais⁸⁶, repletas de direitos individuais e de ampliação de outros direitos já previstos - caso do princípio da isonomia, que passa a possuir também um caráter de igualdade material⁸⁷.

Destarte, as Constituições passam, enquanto cartas sociais, a incluir regras materialmente civis, as quais eram anteriormente somente previstas nos Códigos ou no ordenamento civil⁸⁸.

⁸⁶ O marco histórico das cartas constitucionais sociais foi a Constituição de Weimar, a qual, motivada pelos movimentos sindicais e socialistas alemães e pelo aumento das demandas sociais por proteção e assistência aos trabalhadores, incorporou aos direitos constitucionais os direitos sociais. Ademais, a Constituição de Weimar foi a responsável direta pela modificação do papel do Estado na economia, visto que, a partir de então, fez com que o Estado passasse a atuar de forma a corrigir as disfunções da economia capitalista que afetava significativamente grandes parcelas da sociedade.

⁸⁷ De acordo com Von Gehlen a evolução das cartas constitucionais de manifestos revolucionários a cartas sociais operou uma mudança na ética, de individual da vontade e da liberdade para uma ética social da responsabilidade solidária, e fez com que houvesse, de vez, a superação da dicotomia direito público e direito privado (GILBERTO MENNA BARRETO Von GEHLEN, O chamado direito civil constitucional, in A reconstrução do direito privado, p. 178).

⁸⁸ Neste sentido ver: JULIO CESAR FINGER, Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, p. 93.

Neste sentido, Doneda⁸⁹ afirma que houve um ajuste nas inúmeras órbitas do sistema jurídico em razão das constituições terem assumido perante o ordenamento jurídico um caráter de norma hierarquicamente superior às demais, quando da incorporação naquelas de supra princípios, valores e normas. Mais especificamente, afirma o autor que a modificação do caráter das normas constitucionais fez com que às demais normas e, em especial, aos códigos fossem impostos um idêntico caráter gravitacional, ou seja, retirou dos códigos a função de lei fundamental das relações e dos interesses interprivatos, fazendo com que estes se adequassem e se submetessem à lógica imposta pelas constituições, seja pela aplicação direta das normas constitucionais de caráter privado, seja pela necessidade de balizar todas as relações privadas aos princípios e valores constitucionais.

Mais especificamente quanto ao surgimento deste novo modelo gravitacional, Von Gehlen⁹⁰ ressalta que as relações entre o direito privado e o constitucional, a partir do fim da primeira Grande Guerra, migram da total incomunicabilidade para a complementaridade e dependência em razão da *inclusão de regras jusprivatistas nas Constituições* ("pode-se apontar a inserção de normas-regras [...] de direito civil no corpo constitucional"), *pela formalização de garantias aos institutos de direito civil nas constituições*

⁸⁹ DANILO CESAR MAGANHOTO DONEDA, Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade, p. 124-5.

⁹⁰ GILBERTO MENNA BARRETO Von GEHLEN, O chamado direito civil constitucional, p.183-9.

(porque "a inserção de institutos de direito civil na Constituição confere-lhes imunidade contra o legislador ordinário e mesmo contra o poder de reforma constitucional"), pela *fixação de um programa legislativo e pela interpretação orientada pela constituição* (na medida em que "o pano de fundo dessa modalidade interpretativa é a máxima da unidade da ordem jurídica, aliada à da constitucionalidade, que confere à carta de direitos papel prioritário").

Finger⁹¹, apesar de não concordar com o marco temporal proposto por Von Gehlen, também afirma que com a maior intervenção do Estado na economia houve a incorporação de novos direitos fundamentais nas constituições (os chamados direitos de 3ª geração ou dimensão) o que possibilitou tanto a modificação da órbita de proteção dos direitos fundamentais quanto a crescente e permanente edição de normas civis postos a regular essa nova órbita de proteção dos direitos fundamentais (exemplo destas novas normas civis são: o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Terra, Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e etc.) o que levou a uma supremacia dos direitos fundamentais sobre a autonomia da vontade e, conseqüentemente, a uma inflexão maior do texto constitucional sobre o direito privado, a ponto de constitucionalizar normas de direito civil sob os argumentos de que os valores sociais do Estado

⁹¹ JULIO CESAR FINGER, *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*, p. 90-5.

Liberal não são mais aplicáveis ao Estado Social de Direito e de que a Constituição como *lex superior* é o instrumento mais hábil a positivizar os direitos concernentes à justiça, segurança, liberdade, igualdade, propriedade, herança e outros que antes eram dispostos nos códigos civis.

Em sentido similar, Flórez-Valdés⁹² pontua que o surgimento do direito civil constitucional se deu pela dupla consideração do caráter da normatividade da Constituição, pela releitura das normas de direito civil à luz dos princípios e normas constitucionais e, também, pela inclusão das normas de direito civil nas constituições, em razão de três fatores: o primeiro, o surgimento de uma sociedade baseada numa constituição (porque na medida em que esta sociedade entendendo ser a constituição a norma máxima de organização da coletividade passa a exigir, como forma de manter intactos os sentidos formal e material das constituições, a releitura das normas infraconstitucionais nos moldes propostos por aquela); o segundo, a inclusão da pessoa física tanto como base e centro do direito civil quanto como núcleo da chamada parte dogmática constitucional (porque deve haver uma simetria entre princípios e valores constitucionais que informam a pessoa e as normas de direito civil que estabelecem direitos e deveres a esta), e; o terceiro, o processo histórico de despatrimonialização do direito civil ou de relevância real, legal e doutrinária dos

⁹² JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *El derecho civil constitucional*, p. 21-66.

direitos da personalidade e das relações familiares (na medida em que enfraqueceu o sentido patrimonial dos direitos civis e fortaleceu o sentido pessoal destes)⁹³.

Destarte, Flórez-Valdés⁹⁴ afirma que as inúmeras normas referentes à capacidade das pessoas (como por exemplo, normas de proteção do nascimento do indivíduo, de atribuição de nacionalidade, de regulação de maior idade e outras), à família (normas que dotam a família de proteção social, econômica e jurídica, como, por exemplo, normas referentes ao matrimônio, à filiação e etc.), ao patrimônio (apesar de ser tratado com notória generalidade, do reconhecimento privado do direito à propriedade privada, das delimitações da função social da propriedade e da previsão da subordinação de toda propriedade ao interesse geral, nos termos da lei e mediante correspondente indenização) contidas nas constituições modernas configuram a existência de "normas civis constitucionais", ou seja, de normas materialmente civis encerradas formalmente nas Constituições. Mais especificamente, segundo Flórez-Valdés, o direito ci-

⁹³ Cabe mencionar que Finger não desconhece o processo de despatrimonialização do direito civil, somente não identifica neste um dos fundamentos para a constitucionalização daquele, porque entende que a despatrimonialização do direito civil foi consequência da constitucionalização deste e não o contrário, na medida em que afirma que os princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III), colocaram a pessoa em um patamar diferenciado, o que fez com que o direito civil, que tinha como único objetivo a regulação da vida privada unicamente sob o ponto de vista do patrimônio do indivíduo, passasse, a fim de realizar tais valores constitucionais da pessoa humana, "a ser visto como uma regulação de interesses do homem que convive em sociedade, que deve ter um lugar apto a propiciar seu desenvolvimento com dignidade" (JULIO CESAR FINGER, Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, p.94-5).

⁹⁴ JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, El derecho civil constitucional, p. 71-87.

vil constitucional tem no marco da Constituição o seu específico âmbito formal, posto que

[...] Lo 'constitucional' de este Derecho civil se genera, tanto en la Constitución - propiamente dicha - como en su entorno más inmediato, delimitado por el doctrinalmente denominado 'bloque constitucional', o comprendido en las que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha calificado como 'exigencias constitucionales'⁹⁵.

Por tudo isso Flórez-Valdés⁹⁶ afirma que por direito civil constitucional entende-se o

[...] sistema de normas y principios normativos institucionales integrados en la constitución, relativos a la protección de la persona en si misma y sus dimensiones fundamentales familiar y patrimonial, en el orden de sus relaciones jurídico-privadas generales, y concernientes a aquellas otras materias residualmente consideradas civiles, que tienen por finalidad fijar las bases mas comunes e abstractas de la regulación de tales relaciones y materias, a las que son susceptibles de aplicación inmediata o pueden servir de marco de referencia de la vigencia, validez e interpretación de la normativa aplicable o de pauta para su desarrollo⁹⁷.

⁹⁵ JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, El derecho civil constitucional, p. 174-5.

⁹⁶ JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, El derecho civil constitucional.

⁹⁷ JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, El derecho civil constitucional, p. 178-9.

Por fim, deve-se ter em mente que apesar da ressalva realizada por Sarmento⁹⁸ e por Mattietto⁹⁹ de que não se deve confundir com o direito civil constitucional o "conjunto de dispositivos sobre os institutos civilísticos tradicionais, como a propriedade, a família e a empresa, que recebem tratamento específico no texto da Constituição", porque o direito civil constitucional não contém, nos termos de Sarmento¹⁰⁰ e de Mattietto¹⁰¹, somente os preceitos civis previstos pela norma constitucional, mas, sim, o direito civil como um todo, vez que não dá para especificar a parte do direito civil que esteja imune aos valores e princípios constitucionais, deve-se creditar aos direitos materialmente civis inscritos numa constituição a denominação de direitos civis constitucionais.

Dessa forma, concorda-se com Flórez-Valdés que a melhor expressão para designar tais direitos é a expressão direito civil constitucional, apesar dos adjetivos "civil" e "constitucional" qualificando o termo "Direito" apresentarem-se como antinômicos, porque tal expressão identifica aquele conjunto específico de normas civis descritos numa dada constituição. Tal expressão é a mais ideal para delimitar aqueles direitos porque o termo "constitucional" pós-posto qualifica diretamente o termo imediato antecedente

⁹⁸ DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 286-7.

⁹⁹ LEONARDO MATTIETTO, *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*, p. 170.

¹⁰⁰ DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 286-7.

¹⁰¹ LEONARDO MATTIETTO, *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*, p. 170.

"civil", o que implica diretamente no seu mais adequado significado. Bem como o distanciamento dos termos "constitucional" e "Direito", faz com que aquele se despoje de sua conotação "iusconstitucionalista", fazendo tão somente referência delimitadora formal à Constituição como corpo normativo. Enquanto que o adjetivo "civil" é o que qualifica realmente o elemento jurídico ("Direito") de expressão¹⁰². Ademais, não se pode esquecer que os direitos civis constitucionais são direitos civis, mesmo figurando integrados em uma Constituição porque seu conteúdo é decorrente do direito civil, e não do direito constitucional.

Tomando-se por base o exposto, pode-se concluir no sentido de que o direito civil constitucional é muito mais do que uma espécie do direito civil; é, sim, a infraestrutura do direito civil, visto que como norma constitucional acaba por influenciar a interpretação, a sistematização, a constituição, a eficácia e o sentido das demais normas de direito civil infraconstitucionais.

Por tudo isso, não se deve temer, por outro lado, a criação do direito civil constitucional, visto que, conforme analisado no tópico anterior, este nada mais é do que mera consequência da modificação imposta ao sistema jurídico pela transmutação de um sistema dicotômico para um sis-

¹⁰² Nestes termos, afasta-se a utilização da expressão direito constitucional civil para identificar os direitos materialmente civis inscritos numa constituição porque tal expressão suporia, em termos gramaticais, que o conteúdo material de tais direitos seria decorrente do direito constitucional e não do direito civil.

tema pautado na unidade sistêmica. Ou, nos termos propostos por Mattiето¹⁰³, a constitucionalização dos ramos do direito é decorrente, também, da necessidade de se impor um maior respeito hierárquico às fontes do direito e da eleição de uma via praticável para se evitar o risco de degeneração do Estado democrático de direito.

3.4. Direitos à intimidade e à vida privada como direito civil constitucional:

Conforme verificado alhures, o direito à intimidade e à privacidade são direitos civis da personalidade porque enquanto direito procura configurar, identificar e preservar os atributos inerentes, inatos e essenciais que possibilitam ao homem a evolução à condição de sujeito apto ao exercício de direito e à contração de obrigações.

E, sendo direito da personalidade elevado à norma constitucional (no caso brasileiro, conforme pode ser visto por meio da mera leitura do inciso X, do art. 5º da Constituição Federal) configura-se como exemplo de direito civil constitucional, apesar de somente ter sido incorporado ao ordenamento civil com a vigência do novo Código Civil - is-

¹⁰³ LEONARDO MATTIETTO, O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos, p. 169.

to é, posterior à veiculação daquele como direito constitucional.

4. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL:

4.1. *Direitos Fundamentais:*

4.1.1. *Evolução histórica dos direitos fundamentais:*

Qualquer análise científica, por mais superficial que seja, deve partir do surgimento, da origem dos elementos formadores do objeto pesquisado, vez que é mais fácil entender o produto de um processo através da análise do procedimento que deu origem àquele do que compreender o resultado provecto de algo.

Não obstante a existência de outras formas de análise - como demonstra Tavares¹ - adotar-se-á a análise realista da origem dos direitos humanos, porque, conforme le-

¹ Tavares informa que a origem dos direitos humanos pode ser analisada por três grandes ramos teóricos, a saber: o jusnaturalista (que procura identificar o direito humano com "postulados de suposta juridicidade que seriam anteriores e justificadores do Direito positivo", ou melhor, que compreende como marco inicial dos direitos humanos o "reconhecimento, no plano jurídico, de faculdades que correspondem ao Homem pelo simples fato de sê-lo, vale dizer, em virtude de sua própria natureza"), a positivista (que identifica na criação dos direitos subjetivos públicos a origem dos direitos humanos) e a realista (a qual busca na análise de diversos elementos - condições sociais - os fundamentos para a criação dos direitos humanos) (ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 347-9).

cionam Leal² e Bicudo³, entende-se que a análise dos direitos fundamentais está diretamente concatenada à história, sendo necessário efetuar a análise evolutiva dos direitos fundamentais para que não haja parcialidade e limitação a determinados âmbitos (jurídico, político e sociais, dentre outros) de análise da realidade, o que poderia empobrecer a análise científica do objeto pesquisado⁴.

Além do que, não analisar a evolução histórica dos direitos fundamentais importa em não reconhecer a correspondência fixada por Linhares⁵ de que

[...] a evolução dos direitos fundamentais coincide com as concepções de identidade cultural, enquanto pertinência a culturas étnicas, lingüísticas, raciais, religiosas, jurídicas e, sobretudo, nacionais, que o homem vem assumindo nos diversos períodos da História.

Em razão disto, passar-se-á a analisar a evolução histórica dos direitos fundamentais⁶.

A concepção de direitos fundamentais enquanto direitos inatos aos indivíduos em razão da simples condição

² ROGÉRIO GESTA LEAL, *Perspectivas hermenêuticas dos direitos fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000, p. 33.

³ HÉLIO BICUDO, *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997, p. 12.

⁴ Neste sentido ver: ROGÉRIO GESTA LEAL, *Perspectivas hermenêuticas dos direitos fundamentais no Brasil*, p. 33.

⁵ PAULO AFONSO LINHARES, *Direitos fundamentais e qualidade de vida*. São Paulo: IGLU, 2002, p. 61.

⁶ Ressalva-se, entretanto, que a análise da evolução histórica dos direitos fundamentais terá como centro os principais momentos em que houve a consciencialização e a positivação dos direitos do homem, na medida em que a análise de todos os fatos, de todas as doutrinas e de todos os instrumentos positivos que possibilitaram os direitos fundamentais contemporâneos levaria a um estudo sem fim, o que acabaria por prejudicar o presente estudo.

deste como ser humano decorre precipuamente de determinados fatores político-sociais e de posições filosófico-religiosas⁷ existentes no *período axial* da história porque, conforme Comparato⁸, nesse período "o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial", ou seja, "como ser dotado de liberdade e de razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais". Ademais, segundo o mencionado autor, foi também no período axial que "se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais da vida, em vigor até hoje", que influenciaram o curso posterior da História, fazendo com que essa passasse a ser "um longo desdobramento das idéias e princípios expostos durante esse período".

Citam-se como fatos ou fatores marcantes do período axial e que possibilitaram, nos termos de Comparato⁹, "a eclosão da consciência histórica dos direitos humanos", os seguintes: o surgimento da democracia ateniense fundada na preeminência da lei e da participação dos membros da *polis* nas funções de governo; a fundação da república romana; a disseminação do pensamento estóico; a fixação das bases filosóficas do monoteísmo; o aparecimento de leis escritas e

⁷ Neste sentido ver: MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 283; JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 172; INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, p. 40-3.

⁸ FÁBIO KONDER COMPARATO, A afirmação histórica dos direitos fundamentais, p. 8-11.

⁹ FÁBIO KONDER COMPARATO, A afirmação histórica dos direitos fundamentais, p. 39.

a evolução das leis não escritas¹⁰ de costumes juridicamente relevantes de cunho religioso para leis comuns reconhecidas pelo consenso universal e aplicáveis a todos os homens em razão da *physis*¹¹; o crescimento da racionalização; o cristianismo; o desenvolvimento do sistema de apropriação privada e outros¹².

¹⁰ Exemplo de leis não escritas são as nomos ágraphon gregas que tanto podiam corresponder a costumes juridicamente relevantes quanto a leis universais de cunho religioso que eram utilizados por mais de um território. O exemplo que melhor espelha a existência de normas não escritas e, no caso, a superioridade e anterioridade desta às normas postas pelo poder constituído é a transcrita por Sófocles na peça *Antígona*, nos versos 450-460, que corresponde ao julgamento de Antígona pelo poder constituído, em razão daquela ter sepultado, conforme os rituais religiosos, o corpo de seu irmão morto, em ofensa ao decreto (psefisma) de Creonte, o qual impedia que se enterrassem os cadáveres dos cidadãos que haviam se revoltado contra o governo. Nos versos referidos pode-se verificar a argumentação de Antígona sobre a existência de uma lei não escrita superior a tal decreto, senão vejamos: “Sim, pois foi Zeus que a proclamou (a ‘lei’ de Creonte)! Não foi a Justiça, sentada junto aos deuses do reino dos mortos; não, essas não são leis que os deuses tenham algum dia prescrito aos homens, e eu não imaginava que as tuas proibições pessoais fossem assaz poderosas para permitir a um mortal descumprir aquelas outras leis, não escritas, inabaláveis, as leis divinas! Estas não datam nem de hoje nem de ontem, e ninguém sabe o dia em que foram promulgadas. Poderia eu, por termo de alguém, qualquer que ele fosse, expor-me à vingança de tais leis?”.

¹¹ Segundo Comparato, a acepção proposta por Aristóteles da existência de leis comuns, reconhecidas pelo consenso universal, e de leis particulares, próprias de cada povo, possibilitou aos romanos a utilização da expressão *ius gentium*, como forma de expressar os direitos comuns a todos os povos (FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos fundamentais*, p. 13-4). Ademais, Ferreira esclarece que “o *jus civile romanorum* (ou direito quiritário) designava o direito próprio dos cidadãos romanos, ou seu direito nacional, em contraposição ao *jus gentium*, que indicava o direito comum a todos os homens livres, isto é, aos cidadãos (cives) romanos e aos estrangeiros (peregrini). Contudo, ressalta o autor que a partir de certa fase da evolução do direito romano, esses dois conceitos se identificaram e, ao seu lado, o direito natural passou a indicar o direito ideal ditado pelas exigências da natureza humana (Ulpiano, 1, 1, §§ 2, 3 e 4, *Digesto*, 1, 1)” (WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, *Direitos e garantias individuais: comentários ao art. 5º da Constituição Federal*, p. 34).

¹² Segundo Miranda, são as principais marcas da evolução dos direitos fundamentais até os séculos XV e XVI: “a prevalência dos factor pessoal sobre o factor territorial [...] (apesar de não se reconhecer ao homem, só por ser homem necessariamente personalidade jurídica); a reflexão e a criação cultural da Grécia clássica, quando questionam o poder estabelecido, afirmam a existência de leis que lhe são superiores e reivindicam um direito de desobediência individual [...]; a análise filosófica do conceito de justiça – distributiva e cumulativa – feita por Aristóteles e a análise técnico-jurídica subsequente feita pelos juristas romanos; a distinção de poder político e poder privado e, correlativamente, de Direito público e Direito privado, em Roma, acompanhada, porém, da completa prevalência da família sobre a personalidade individual; a formação, em Roma, dos *jus gentium* como complexo de normas reguladoras de relações jurídicas em que intervenham estrangeiros (peregrini) e a atribuição progressiva aos habitantes do Império de direitos e até da cidadania romana; o reconhecimento, com o Cristianismo, da dignidade de cada homem concreto como filho de Deus, da unidade de gênero humano e da autonomia do espiritual perante o temporal; a doutrina da lei injusta e do direito de resistência formulada pela Escolástica medieval; a conquista de algumas garantias básicas de liberdade e segurança pessoal, na Inglaterra, a partir da Magna Charta de 1215; o aparecimento também de algumas garantias a propriedade e até da participação política das pessoas e dos grupos, conexas com a intervenção das assembleias estamentais na criação de impostos” (JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, p. 15-7).

Dentre tais fatores, os que mais influenciaram o surgimento dos direitos fundamentais foram: o cristianismo e a evolução das leis não escritas¹³.

O cristianismo foi importante para o surgimento dos direitos fundamentais porque foi o responsável pelo reconhecimento da dignidade de cada homem, na medida em que, baseando-se na junção das crenças judaicas (originárias de Judá) e israelitas (originárias de Israel) quanto à criação do homem por Deus, fez com o homem - enquanto imagem e filho de Deus -, passasse a ser considerado igual ao se semelhante, independentemente da sua condição social, da sua origem, da sua fé religiosa etc¹⁴. Possibilitando, assim, que se imprimisse unidade ao gênero humano¹⁵ e, conseqüente-

¹³ Neste sentido concorda-se com Silva de que “temos, pois, de ampliar nossa visão do problema para admitir outras fontes de inspiração das declarações de direitos, sem deixar de reconhecer que as primeiras abeberaram no cristianismo e no jusnaturalismo sua idéia do homem abstrato” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 172). Não se pode descartar as lições de Sarlet de que “ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, nos legou algumas das idéias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de ‘pré-história’ dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento herdamos a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus)” (INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 40-3.).

¹⁴ Neste sentido ver: PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, in Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 105; CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002, p. 297; Curso de direito constitucional, 2001, p. 174; ANTONIO TRUYOL Y SERRA, Los derechos humanos. Madrid: Tecnos, 2000, p. 23.

¹⁵ Miranda demonstra bem a unidade humana fixada pelo cristianismo quando leciona que “é com Cristianismo que todos os seres humanos, só por serem acepção de condições, são considerados 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” (JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 17). Dallari também se posiciona sobre a questão afirmando que “O Cristianismo vai ser a base da aspiração à universalidade. Superando a idéia de que os homens valiam diferentemente,

mente, se fixasse a liberdade como premissa de vida interior e espiritual dos seus seguidores e, por conseqüência, de todos os seres humanos¹⁶, o que originou a idéia de que os homens possuem direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política. Entretanto, deve ser realizado neste ínterim um esclarecimento: a liberdade proposta pelo Cristianismo difere totalmente da liberdade política - um, porque era completamente impossível falar em liberdade política no contexto histórico-político do surgimento do Cristianismo, e dois, porque o Cristianismo procurava ser uma ordem de vida superior à própria limitação política de fronteiras, povos e governos¹⁷. Por tudo isso que se pode afirmar que o Cristianismo foi essencial para o surgimento dos direitos fundamentais, apesar de não proporcionar diretamente a concepção destes¹⁸.

de acordo com a origem de cada um, faz-se uma afirmação de igualdade, considerando-os como temporariamente desgarrados os que ainda não fossem cristãos" (DALMO DE ABREU DALLARI, Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 66). Bicudo leciona que "o que, contudo, parece indisputável é que as matrizes ideológicas dos direitos humanos, depois do amadurecimento das formulações antigas, das relações Deus/homem, encontram-se, na sua forma definitiva, na mensagem evangélica, difundida pelas primeiras comunidades cristãs. Surge aí, pela primeira vez na história, a igualdade absoluta da natureza entre todos os homens, que nenhuma civilização do passado chegou a conhecer" (HÉLIO BICUDO, Direitos humanos e sua proteção, p. 29). De acordo com Branco, "a concepção de que os homens, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, possuem alto valor intrínseco e uma liberdade inerente à sua natureza, anima a idéia de que eles dispõem de direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política" (PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais, p. 105).

¹⁶ De acordo com Bicudo "os antigos não conheciam nem a liberdade da vida privada, nem a educação, nem a liberdade religiosa. A pessoa humana tinha muito pouco valor perante essa autoridade santa e quase divina, que se chamava pátria ou Estado" o que faz com que seja "falso acreditar-se que na cidade antiga o homem gozava de liberdade" porque este "não tinha sequer a mais ligeira idéia do que ela fosse" (HÉLIO BICUDO, Direitos humanos e sua proteção, p. 15).

¹⁷ Ver Gálatas 3, 25-29 e Lucas 20, 21-25.

¹⁸ Neste sentido: CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002, p. 297; Curso de direito constitucional, 2001, p. 174; JOSÉ ANSELMO CÍCERO DE SÁ, Liberdades Públicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 02; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística, p. 15; ANTONIO TRUYOL Y SERRA, Los derechos humanos, p. 23.

Enquanto que, a importância da evolução das leis não escritas para o surgimento dos direitos fundamentais seu deu porque pela idéia de leis comuns aos homens possibilitou com que o homem medieval, pela análise da concepção de pessoa, chegasse à idéia de um direito natural, ou seja, de um direito anterior e superior hierarquicamente às normas escritas postas pelo poder constituído¹⁹, em razão de ser tido ora como inato, ora como originário, ora como essencial, ora como fundamental, ora como absoluto, ora como conatural ou natural a todos os homens, independentemente de sua origem, credo ou posição social - na medida em que tal direito é tido como ínsito à própria natureza do ser humano e lhe está intrinsecamente ligado pela sua dignidade, liberdade e, sobretudo, por ser o indivíduo membro de uma sociedade humana.

Todavia, não foram somente os fatos ou fatores do período axial que influenciaram o surgimento dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais tiveram sua concepção fortemente influenciada, também, pela fixação de direitos de comunidades locais ou de corporações pelas Cartas de franquia²⁰ medievais²¹, na medida em que tais cartas possibi-

¹⁹ Tomás de Aquino em sua Suma Teleológica firma posição de que há uma hierarquia entre as leis, sendo que em primeiro plano encontra-se a lei eterna (de conhecimento divino) e abaixo desta estão a lei divina (lei eterna revelada por Deus ou declarada pela Igreja), a lei natural (que o homem descobre por meio da razão) e a lei humana (positivada pelo legislador) (Tomás de Aquino, St, Ia, Ilae, qu 91, in MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 10).

²⁰ Moraes esclarece que "Forais ou Carta de Franquia são diplomas escritos, alicerçados na outorga, cujo conteúdo equivale à participação dos súditos no governo local e à garantia de direitos imemorais e destinados a grupos particularizados de homens" (GUILHERME BRAGA PEÑA DE MORAES, Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997, p. 40).

litaram outros documentos jurídicos que, a fim de implementarem as garantias jurídicas já anteriormente previstas naquelas, instituíram algumas garantias processuais - tais como, por exemplo, as garantias inglesas do *Habeas-corpus* (1679) e do *Bill of Rights* (1689) - que acabaram por influenciar diretamente o atual regime dos direitos fundamentais, bem como desempenharam papel importante para o surgimento do Estado de direito.

Mas porque se afirma que tais Cartas de franquia não instituíram direitos fundamentais?

Fioravanti²² - em contraposição a Silva²³, Branco²⁴, Fleiner²⁵ e a Bicudo²⁶ - afasta a fixação dos direitos fundamentais pelas Cartas de franquia porque entende que nestas prevaleciam, ainda, uma estruturação corporativa, ou seja, os direitos e as liberdades eram "*patrimonio del feudo, del lugar, del valle, de la ciudad, de la aldea, de la comuni-*

²¹ Segundo Sarlet "em que pese possa ser considerado o mais importante documento da época, a Magna Charta não foi nem o único, nem o primeiro, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis" (INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 44-5).

²² MAURIZIO FIORAVANTI, Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2000.

²³ Silva afirma que "tais textos, limitados e às vezes estamentais, no entanto, condicionaram a formação de regras consuetudinárias de mais ampla proteção dos direitos humanos fundamentais" (JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 151-2).

²⁴ De acordo com Branco, "nesses documentos, são assegurados direitos aos cidadãos ingleses, como a proibição de prisão arbitrária, o habeas corpus e o direito de petição. Tais documentos, porém, se é verdade que limitavam o poder monárquico, não tinham o condão de vincular o próprio parlamento. Esses direitos eram, assim, fundamentalizados, embora não constitucionalizados" (PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais, p. 106).

²⁵ THOMAS FLEINER, O que são direitos humanos? São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 27.

²⁶ Segundo Bicudo a Magna Charta de 1215 reconheceu, sim, os primeiros direitos fundamentais do homem, apesar de afirmar que àquela "falta-lhe completamente qualquer ampla declaração dos princípios de governo democrático ou dos direitos do homem. Não é uma declaração de doutrina constitucional, mas um documento prático para remediar abusos correntes no sistema feudal" (HÉLIO BICUDO, Direitos humanos e sua proteção, p. 30-1).

dad" e, assim, pertenciam aos indivíduos "sólo en cuanto que están bien enraizados en esas tierras, en esas comunidades"²⁷.

Em sentido similar, Dallari²⁸, Ferreira Filho²⁹, Moraes³⁰, Bastos³¹, Canotilho³², Schmitt³³, Leal³⁴, Sarlet³⁵ e Truyol y Serra³⁶ advertem, porém especificamente quanto à *Magna Charta*, que nesta não há a edição de direitos fundamentais do homem, mas somente à afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suserano, porque, nas palavras de Canotilho³⁷,

[...] a finalidade da Magna Charta era, pois, o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei, em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia³⁸.

Tais argumentos são facilmente percebidos porque a Magna Charta, mesmo consagrando o *modus vivendi* da sociedade inglesa através da instituição de limites de atuação da discricionariedade política do Estado, atribuiu vários di-

²⁷ MAURIZIO FIORAVANTI, Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones, p. 30.

²⁸ DALMO DE ABREU DALLARI, Elementos de teoria geral do Estado, p. 205.

²⁹ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Direitos humanos fundamentais, p. 11.

³⁰ GUILHERME BRAGA PEÑA DE MORAES, Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria, p. 41.

³¹ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002, p. 297.

³² J. J. GOMES CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição. Lisboa: Almedina, 2000.

³³ CARL SCHMITT, Teoría de la constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 164.

³⁴ ROGÉRIO GESTA LEAL, Perspectivas hermenêuticas dos direitos fundamentais no Brasil, p. 97-8.

³⁵ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 44-6.

³⁶ ANTONIO TRUYOL Y SERRA, Los derechos humanos, p. 22-3.

³⁷ J. J. GOMES CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição.

³⁸ J. J. GOMES CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição, p. 358.

reitos somente exercitáveis pelos cidadãos ingleses ("garantimos, também, a todos os homens livres de nosso reino, de nossa parte e de parte de nossos herdeiros para sempre, todas as liberdades abaixo indicadas, para que eles e seus herdeiros as possuam"³⁹) com a única finalidade de limitar o despotismo do monarca pela vinculação de determinados atos à vontade dos nobres ingleses, como por exemplo: o princípio basilar do *due processes of law*⁴⁰, ou seja, da necessidade de se seguir um processo justo e legal para se julgar e punir todos os cidadãos⁴¹ (disposto no art. 39, da *Magna Charta*, de 1215)⁴²; o princípio da submissão do poder discricionário real às leis do parlamento e aos costumes ingleses (princípio da legalidade da administração) e; a garantia de acesso igual ao Poder Judiciário e a quaisquer entidades públicas ou privadas pelos cidadãos para exercer a defesa dos seus direitos comuns.

³⁹ Parte final do parágrafo 1 da Magna Charta inglesa, conforme transcrição realizada por Comparato in A afirmação histórica dos direitos fundamentais, p. 79.

⁴⁰ Fioravanti afirma que "en el artículo 39 de la Charta se dispone: 'Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado, o privado de sus derechos o de sus bienes, o puesto fuera de la ley o exiliado, o privado de su rango de cualquier otro modo, ni usaremos de la fuerza contra él, o enviaremos a otros para que lo hagan, excepto por sentencia judicial de sus pares y según la ley del país'. Ciertamente, en un artículo de este tipo no es difícil descubrir la estructura corporativa de la sociedad medieval inglesa y europea: de la noción, por precisar, de 'hombre libre' al juicio 'entre partes', fundado sobre un concepto general de justicia que presupone una división de la sociedad en órdenes y estamentos. Pero, admitiendo todo esto, los defensores del modelo historicista, y en particular de la tradición constitucional inglesa, ponen de relieve otras características de la Magna Charta.

De entrada, el mayor énfasis, respecto a otros contratos de dominación de su tiempo, en la libertad personal. El mismo artículo 39 puede efectivamente, desde este punto de vista, ser leído como una anticipación histórica de una de las principales dimensiones de la libertad como seguridad de los propios bienes, pero también de la propia persona, sobre todo contra el arresto arbitrario. Está aquí, exactamente en este punto, el origen, en la perspectiva historicista, de las reglas que componen el *due process of law*, es decir, de aquellas reglas que solas pueden consentir la legítima privación de libertad a un individuo. De este modo, el modelo inglés se emancipa, respecto al resto de Europa, de las libertades medievales – que ya hemos visto –, que tienden en esencia a agotarse en el aspecto patrimonial de la garantía de la posesión de los bienes confirmada por el uso y el tiempo" (MAURICIO FIORAVANTI, Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones, p. 32).

⁴¹ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Estado de direito e constituição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 34.

⁴² "... no free man shall be taken or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in way destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him except by the legal judgement of his peers or by the law of the land" (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Estado de direito e constituição, p.35).

Assim, por tudo isso, afasta-se, apesar do posicionamento adotado por Miranda⁴³, Branco⁴⁴, Fleiner⁴⁵ e por Bastos⁴⁶, qualquer possibilidade de ver nesta declaração de direitos uma constituição de direitos fundamentais do homem. Prefere-se, sim, firmar posição, conforme a explicitada por Sarlet⁴⁷, de que os direitos enunciados nas Cartas de Franquia medievais apesar de serem fundamentalizados não apresentam fundamentalidade em sentido formal.

Todavia, quanto à coordenação dos direitos fundamentais no direito inglês prevaleceu a formulação do *rule of law*, o qual, sintetizando documentos e jurisprudências dos tribunais e se baseando na ausência de poder arbitrário por parte do governo e na igualdade perante a lei, produzia a *ordinary law of the land*, ou seja, fixava a consolidação das normas de direito consuetudinário por meio do *stare decisis* a fim de fazer evoluir o direito comum num sentido de racionalidade e de preservação da liberdade.

⁴³ Miranda acredita que “as duas linhas de força mais próximas – não únicas, nem isoladas – dirigidas à formação e ao triunfo generalizado do conceito moderno de direitos fundamentais são, porém, a tradição inglesa de limitação do poder (da Magna Charta ao Act of Settlement) e a concepção jus-racionalista projetada nas revoluções americana e francesa” (JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 20/1).

⁴⁴ Branco afirma que nas Cartas de Franquia inglesa “são assegurados direitos aos cidadãos ingleses, como a proibição de prisão arbitrária, o habeas corpus e o direito de petição. Tais documentos, porém, se é verdade que limitavam o poder monárquico, não tinham o condão de vincular o próprio parlamento. Esses direitos eram, assim, fundamentalizados, embora não constitucionalizados” (PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, p. 106).

⁴⁵ THOMAS FLEINER, O que são direitos humanos? P. 27.

⁴⁶ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2001, p. 174.

⁴⁷ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 46.

Tem-se, por isso, conforme posicionamento de Ferreira Filho⁴⁸, que prevaleceu, na Inglaterra, o posicionamento de Locke de que os direitos naturais não são postos à mercê da vontade geral dos cidadãos, mas, apenas, são os direitos fundamentais confiados em depósito (trust) à vontade geral.

Ademais, Sarlet⁴⁹, Ferreira Filho⁵⁰, Farias⁵¹, Jabur⁵², Truyol y Serra⁵³ e Linhares⁵⁴ afirmam que se devem acrescentar, como de irrefutável importância, a esses fatores as doutrinas jusnaturalistas do século XVI, visto que estas desenvolveram a "idéia de postulados de cunho suprapositivo"⁵⁵ que orientaram e limitaram o poder dos governantes. Cita Sarlet⁵⁶, que desempenharam forte influência sobre a concepção dos direitos fundamentais as doutrinas de Santo Tomás de Aquino (pelo entendimento de que a ordem positiva estava subordinada à ordem natural e, pelo relevo especial concedido à dignidade humana), a de Pico della Mirandola (pela fixação de que a dignidade humana era decorrente de um valor natural, inalienável e incondicionado expresso pela personalidade humana, a qual era possuidora de um valor

⁴⁸ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Direitos humanos fundamentais, p. 5.

⁴⁹ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 40-3.

⁵⁰ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Curso de direito constitucional, p. 284.

⁵¹ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 70.

⁵² GILBERTO HADADD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade, p. 75.

⁵³ ANTONIO TRUYOL Y SERRA, Los derechos humanos, p. 23.

⁵⁴ PAULO AFONSO LINHARES, Direitos fundamentais e qualidade de vida, p. 63.

⁵⁵ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 40-3.

⁵⁶ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais.

próprio e inato), a de Guilherme de Occam (em razão de sua busca da origem do individualismo), a de Hugo Grócio (pelo desenvolvimento da idéia de direito subjetivo), as da teoria contratualista - expressas por Vitória y las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vázquez - (pelo reconhecimento dos direitos naturais aos indivíduos, deduzidos como expressão da liberdade e dignidade da pessoa humana), bem como, dentre outras, as teorias de Hugo Donellus, de Johannes Althusius, de Samuel Pufendorf, de John Milton, de Thomas Hobbes e John Locke.

Entretanto, apesar de se admitir que tais fatores e correntes filosóficas possuíram papel importantíssimo para a formulação dos direitos fundamentais⁵⁷ e de se concordar com Bicudo⁵⁸, Dallari⁵⁹ e com Canotilho⁶⁰ de que houve uma preocupação no período clássico quanto à afirmação dos direitos naturais, não se pode obstar como certo o pensamento

⁵⁷ Neste mesmo sentido, Moraes afirma que “a ‘Teoria dos Direitos Individuais’ possui dois fundamentos. O primeiro alicerce é a tradução anglo-saxônica de limitação do poder político. A segunda base é a concepção jusracionalista, segundo a qual ‘todos os homens são por natureza livres e têm certos direitos inatos, de que, quando entram no estado de sociedade, não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade (art. 1º da Declaração de Direitos da Virgínia)” (GUILHERME BRAGA PEÑA DE MORAES, Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria, p. 37).

⁵⁸ De acordo com Bicudo apesar da proteção dos direitos humanos ter conhecido “desde a cidade antiga antecedentes notáveis, sua história não se desenvolve verdadeiramente senão com o Estado moderno, que reflete fundamentalmente as nova compreensões das relações entre o indivíduo e o poder” (HÉLIO BICUDO, Direitos humanos e sua proteção, p. 32).

⁵⁹ DALMO DE ABREU DALLARI, Elementos de teoria geral do Estado, p. 205.

⁶⁰ Canotilho ressalta que não houve uma completa cegueira na antiguidade em relação à idéia de direitos fundamentais, apesar de inexistir a idéia de direitos do homem. Posiciona-se de tal forma por entender que “o pensamento sofisticado, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da teses da igualdade natural e da ideia de humanidade” e por afirmar que “no pensamento estóico assume o princípio da igualdade um lugar proeminente: a igualdade radica no facto de todos os homens se encontrarem sob um nomos unitário que os converte em cidadãos do grande Estado universal. Quer dizer: direitos de todo o mundo e não apenas direitos limitados ao espaço das polis. Aqui se visualiza já a ideia de universalização ou planetarização dos direitos do homem” (J. J. GOMES CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição, p. 357)

de Miranda⁶¹, de Linhares⁶², de Silva⁶³, de Bastos⁶⁴, de Branco⁶⁵, Schmitt⁶⁶ e de Pena de Moraes⁶⁷ de que os direitos fundamentais somente surgiram com as declarações de direitos do século XVIII, porque, nos termos de Canotilho⁶⁸, o produto de tais fatores consubstanciados na

⁶¹ Afirma Miranda que “nem durante séculos de formação da Europa, poderia surgir a própria noção de direitos fundamentais como interesses, pretensões ou direitos subjectivos frente ao estado (inexistente, de resto, em quase toda a Idade Média, por quase toda a parte), porque se procurava, antes de mais, firmar uma ordem objectiva-moral, religiosa e jurídica – ao serviço do bem comum e um diversificado sistema de garantias no interior de uma sociedade policêntrica que haviam de assegurar a proteção da pessoa (JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 18).

⁶² Linhares pontua que “Do ponto de vista histórico, o Ascenso das idéias que gestaram os direitos fundamentais, provenientes de muitas correntes filosóficas, tem como marco a segunda metade do século XVIII, quando a ebulição do pensamento se manifesta vigorosamente como uma necessidade do homem de se afirmar como ser racional, dotado de diferenças e habilidades, sendo que, no âmago desta afirmação de racionalidade, estavam entranhadas as concepções de liberdade de dignidade humana” (PAULO AFONSO LINHARES, Direitos fundamentais e qualidade de vida, p. 62).

⁶³ Segundo Silva: “Na Inglaterra, elaboraram-se cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta (1215-1225), a Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights (1688). Não são porém, declarações de direitos no sentido moderno, que só apareceram no século XVIII com as revoluções americana e francesa. Tais textos, limitados e às vezes estamentais, no entanto, condicionaram a formação de regras consuetudinárias de mais ampla proteção dos direitos humanos fundamentais. Realmente a estabilidade e o sempre firma desenvolvimento das instituições inglesas bastaram para tornar ociosa uma lista maior das liberdades públicas. A constante afirmação do Parlamento inglês e dos precedentes judiciais, formando a common law, fora suficiente, com aqueles documentos históricos, para assentar o mais firme respeito pelos direitos fundamentais do homem”, e que “Temos pois que ampliar nossa visão do problema para admitir outras fontes de inspiração das declarações de direitos, sem deixar de reconhecer que as primeiras abeberaram no cristianismo e no jusnaturalismo sua idéia do homem abstrato. Mas não é uma observação correta esta de atribuir, ao surgimento de uma nova idéia de direito, tão profundamente revolucionária, inspiração de natureza basicamente ideal, sem levar em conta as condições históricas objetivas, que, na verdade, constituem a sua fundamentação primeira. As doutrinas e concepções filosóficas têm relevância enorme no processo. Mas elas próprias são condicionadas por aquelas condições materiais” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 151-2 e 172).

⁶⁴ Apesar de Bastos reconhecer que o Cristianismo exerceu uma forte influência sobre o surgimento das liberdades públicas, o mesmo afirma que o surgimento das liberdades públicas somente se deu a partir do pensamento Iluminista na França do século XVIII e da Independência Americana (CELSE RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2001, p. 174).

⁶⁵ Conforme Branco, “é dado concluir, portanto, que direitos tidos como naturais como índole constitucional, vinculando todos os poderes e capazes de serem exigidos judicialmente, foram assim reconhecidos e positivados pela primeira vez na Declaração de direitos acolhida pela Constituição americana” (PAULO GUSTAVO GONNET BRANCO, Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais, p. 106).

⁶⁶ Segundo Schmitt “se citan por unos y otros como primera Declaración de Derechos fundamentales, la Magna Carta de 1215 (arriba, § 6, II, pág. 66), el Acta de hábeas Corpus de 1679 (protección contra prisiones arbitrarias y derecho a ser oído por el juez) y el Hill of Rights de 1668 (arriba, §6, II, 1, pág. 66). En realidad, son regulaciones contractuales o legales de los derechos de los barones o burgueses ingleses, que si bien han tomado, en un proceso insensible, el carácter de los modernos principios, no tuvieron originariamente el sentido de derechos fundamentales: La historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto al Inglaterra”(CARL SCHMITT, Teoría de la Constitución, p. 164).

⁶⁷ Segundo Moraes, “Na Antigüidade, independentemente do regime político adotado, não havia qualquer reconhecimento de direitos fundamentais, mediante a impossibilidade de oposição de direitos, pelo indivíduo, a um estado dotado de tais poderes” (GUILHERME BRAGA PEÑA DE MORAES, Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria, p. 32).

⁶⁸ J. J. GOMES CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição.

[...] ideia 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 social⁶⁹,

ou, na expressão de Silva⁷⁰, porque “os textos ingleses apenas tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do parlamento”, enquanto que “as declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis”⁷¹.

Em razão disso passa-se a estudar as declarações de direitos do século XVIII, porque, segundo Ferreira Filho⁷², “no pensamento político setecentista, a declaração de direitos, por um lado, explicita os direitos naturais, por outro, como já se apontou, enuncia as limitações destes”⁷³.

Destarte, credita-se, apesar do posicionamento de Katz⁷⁴, à Declaração de Independência americana o *status* de

⁶⁹ J. J. GOMES CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição, p. 357.

⁷⁰ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo.

⁷¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 154.

⁷² MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Direitos humanos fundamentais.

⁷³ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Direitos humanos fundamentais, p. 05.

⁷⁴ Segundo Katz “mesmo após a Declaração dos Direitos ter sido adicionada à Constituição dos Estados Unidos, ela não era vista como que provendo a base de direitos judicialmente aplicáveis. Essa idéia – a idéia de que os direitos eram direitos constitucionais – não se desenvolveu por, pelo menos, outros 80 anos” (ELLIS KATZ, A Declaração dos direitos dos Estados Unidos da América como uma reflexão constitucional posterior, in Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho – coord. Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti. São Paulo: Dialética, 1999, p. 108).

marco inicial para o sistema de direitos fundamentais do homem⁷⁵.

Consolida-se esse posicionamento, apesar do posicionamento contrário de Zeidan⁷⁶, porque se compreende que foi aquele instrumento político-jurídico o primeiro a afirmar que os governos são instituídos pelos homens (menção expressa a teoria contratualista de sociedade política e a formação do Estado por meio da vontade soberana do povo) através da constituição do pacto social pelo poder constituinte da comunidade política (ver parte final da Declaração de Independência e o art. 2 da Declaração de Direitos da Virgínia), a fim de assegurar a manutenção dos direitos inalienáveis dos homens (e não somente dos cidadãos americanos); ou, na expressão de Bobbio⁷⁷, porque possibilitaram uma nova concepção de Estado, o qual "não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência"⁷⁸.

⁷⁵ Neste sentido: ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 352; NOBERTO BOBBIO, A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 29-30; INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 46-8; RAUL MACHADO HORTA, Direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 217; DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 24; ROGÉRIO ZEIDAN, lus Puniendi, Estado e direitos fundamentais: aspectos da legitimidade e limites da potestade punitiva. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 27; RICARDO LOBO TORRES, A cidadania multidimensional na era dos direitos, p. 260; ANTONIO TRUYOL Y SERRA, Los derechos humanos, in Teoria dos direitos fundamentais – org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 28.

⁷⁶ ROGÉRIO ZEIDAN, lus Puniendi, Estado e direitos fundamentais: aspectos da legitimidade e limites da potestade punitiva, p. 27.

⁷⁷ NOBERTO BOBBIO, A era dos direitos.

⁷⁸ NOBERTO BOBBIO, A era dos direitos, p. 29-30.

Além do que, diferentemente do Bill of Rights inglês onde não houve a previsão de qualquer direito natural (como, por exemplo, o direito à liberdade), mas tão-somente a fixação de garantias institucionais, na Declaração de Independência das colônias americanas e a sua respectiva Constituição, representada, no caso, pela Declaração de Direitos da Virgínia, houve a previsão expressa de que "todos os seres humanos, pela sua natureza, são igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos".

Neste sentido, ressalta Sarlet⁷⁹ que apesar das declarações americanas terem incorporados diversos direitos e liberdades previstos anteriormente nas declarações inglesas do século XVII, elas o fizeram de forma diversa destas. As declarações americanas incorporaram, sim, o conteúdo dos direitos e liberdades garantidos nas declarações inglesas, mas o fizeram com a manutenção das características da universalidade e da supremacia dos direitos naturais, reconhecendo inclusive a eficácia dos mencionados direitos e liberdades em relação à representação popular, vinculando, conseqüentemente, todos os poderes públicos, bem como o fizeram por meio de uma Constituição - apesar do referido autor evidenciar que o "status constitucional de fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consa-

⁷⁹ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 46.

grado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição de 1791"⁸⁰.

Comparato⁸¹ endossa tal sentido quando afirma que a Declaração de Independência foi

[...] o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todos ser humano, independente das diferenças de sexo, raça religião, cultura ou posição social,

na medida em que

[...] os norte-americanos (...) foram mais além, e transformaram os antigos direitos naturais em direitos positivos, reconhecendo-os como de nível superior a todos os demais. Seguindo o modelo do Bill of Rights britânico, os Estados Unidos deram aos direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais, isto é, direitos reconhecidos expressamente pelo Estado, elevando-os ao nível constitucional, acima portanto da legislação ordinária⁸².

Percebe-se, assim, que tanto a Declaração de Independência quanto a Declaração de Direitos da Virgínia institucionalizaram por meio das garantias previstas em seus artigos os direitos do homem, criando, desta forma, a figura dos direitos fundamentais, ou seja, na expressão de Ca-

⁸⁰ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 46.

⁸¹ FÁBIO KONDER COMPARATO, A afirmação histórica dos direitos fundamentais, p. 101.

⁸² FÁBIO KONDER COMPARATO, A afirmação histórica dos direitos fundamentais, p. 106.

notilho⁸³, os "direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente", isto é, "os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta", ou melhor, na já mencionada posição de Miguel Faria⁸⁴, o surgimento dos direitos civis⁸⁵.

Por tudo isso, comprova-se a influência da filosofia dos direitos naturais (ou no caso, *inalienáveis*) - quando do reconhecimento, por parte dos congressistas, de que "os homens são criaturas iguais, dotada pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade" - e das garantias institucionais inglesas - quando a sociedade norte-americana fixou, por intermédio de garantias, a concretização da limitação do poder político do presidente - na criação dos

⁸³ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 369.

⁸⁴ MIGUEL JOSÉ FARIA, *Direitos fundamentais e direitos do homem*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Políticas e Segurança Interna, 2001.

⁸⁵ Schwartz, citado por Tácito, endossa a posição mencionada, na medida em que afirma que "a declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, foi o primeiro Bill of rights moderado, desde que foi pioneira em usar uma constituição escrita para imunizar direitos individuais dos ventos cambiantes dos caprichos legislativos" (Schwartz, Bernard. *The great rights of mankind; a history of the American Bill of Rights*. 1977, p. 01, in CAIO TÁCITO, *Do direito individual ao direito difuso*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 157, jul./set., 1984, p. 3). Ademais, ressalte-se também a posição de Araujo e Nunes Júnior a respeito dos primeiros direitos fundamentais consagrados pelas Cartas Constitucionais: "São direitos que surgiram com a idéia de Estado de direito, submetido a uma Constituição. Longe da hegemonia de um soberano, cuja vontade era a lei, concebeu-se um Estado em que as funções do poder fossem atribuídas a órgãos distintos, impedindo a concentração de poderes e o arbítrio de uma ou de um grupo de pessoas. Congenitamente ao constitucionalismo, ao Estado de direito, surgem esses direitos fundamentais de primeira geração, também denominados direitos civis, ou individuais, e políticos. São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Sua preocupação é a de definir uma área de domínio do Poder Público, simultaneamente a outra de domínio individual, na qual estaria forjado um território absolutamente inóspito a qualquer inserção estatal. Em regra, são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplo o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio etc. Trata-se de direitos que representavam uma ideologia de afastamento do estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas 'liberdades públicas negativas' ou 'direitos negativos', pois exigem do Estado um comportamento de abstenção" (LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Curso de direito constitucional*, p. 87).

direitos fundamentais pelo prematuro movimento constitucional norte-americano, senão vejamos pela leitura de trechos desta

[...] Quando, no decurso da história humana, torna-se necessário a um povo romper os laços políticos que o vinculam a outro, bem como assumir, entre as potências mundiais, a posição separada e igual a que o habilitam as leis da natureza e do deus da natureza, o respeito devido às opiniões da humanidade obriga-o a declarar as causas que o impelem à separação.

Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados.

[...]

Em conseqüência, nós, os Representantes dos Estados Unidos da América, reunidos em Congresso Geral, invocando o juiz supremo do mundo quanto à retidão de nossas intenções, em nome e pela autoridade do bom povo destas colônias, solenemente publicamos e declaramos que estas colônias unidas são, e de direito devem ser, estados livres e independentes; que elas estão desvinculadas de toda submissão à Coroa Britânica, e que todo vínculo político entre elas e o estado da Grã-Bretanha é e deve ser totalmente dissolvido; e que, enquanto estados livres e independentes, elas têm ple-

nos poderes para fazer a guerra, concluir a paz, contrair alianças, estabelecer o comércio e praticar todos os outros atos e fazer tudo o que estados independentes têm o direito de fazer.

E para confirmar esta Declaração, com firme confiança na Divina Providência, empenhamos mutuamente nossas vidas, nossas fortunas e nossa honra sagrada”⁸⁶.

(destacamos)

Quase ao mesmo tempo da promulgação da Declaração de Independência das colônias americanas e a sua respectiva Constituição, representada, no caso, pela Declaração de Direitos da Virgínia, surgiu, segundo Horta⁸⁷ e Bastos⁸⁸, a mais importante declaração de direitos individuais de resistência ao Estado e ao Poder, a saber: a Declaração Francesa de 1789.

Apesar de a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no atinente aos direitos dos cidadãos, ter seguido os mesmos conteúdos dos direitos civis já institucionalizados⁸⁹ pela *Magna Charta*, pelo *Bill of Right* e pela Declaração de Direitos da Virgínia, acabou por incorporar algumas especificidades que diferenciam esta dos demais documentos históricos, como por exemplo: uma dupla finalidade e uma natureza dual. A dupla finalidade é composta pela proteção dos direitos do homem contra os abusos do Estado - por in-

⁸⁶ FÁBIO KONDER COMPARATO, A afirmação histórica dos direitos fundamentais, p. 102-04.

⁸⁷ RAUL MACHADO HORTA, Direito constitucional, p. 215.

⁸⁸ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2001, p. 175.

⁸⁹ Ver os artigos 6º, 14 e 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

termédio dos poderes⁹⁰ - e pela recordação, de forma didática, aos homens de seus direitos naturais - por meio das liberdades⁹¹. Enquanto que a dualidade de natureza se expressa pela declaração dos direitos do homem e pela institucionalização dos direitos do cidadão⁹². Por tudo isso se pode concluir que a Declaração francesa se preocupava em declarar e uniformizar os direitos do homem; enquanto que os demais, por mais eloqüente que tenham sido, declararam, sobretudo, os direitos naturais dos membros de uma determinada comunidade - o *Bill of Rights*, dos ingleses, e a Declaração de Direitos da Virgínia, especialmente, dos americanos.

Outras diferenças entre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e outros documentos que institucionalizaram direitos individuais, e em especial as Declarações americanas, são apresentadas por inúmeros doutrinadores. Dentre esses, destacam-se a posição de Zeidan⁹³ e de Comparato⁹⁴ que excepcionam que a Declaração francesa distinguisse dos bills of rights americanos por seu estilo abstrato e

⁹⁰ Afirma Ferreira Filho que "neste rol incluem-se os direitos de participar da 'vontade geral' (art. 6º), ou de escolher representantes que o façam (art. 6º), de consentir no imposto (art. 14), de controlar o dispêndio público (art. 14), de pedir contas da atuação do agente público (art. 15)" (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Direitos humanos fundamentais, p. 25).

⁹¹ Segundo Ferreira Filho "aí se incluem a liberdade em geral (art. 1º, 2º e 4º), a segurança (art. 2º), a liberdade de locomoção (art. 7º), a liberdade de expressão (art. 11) e a propriedade (liberdade de usar e dispor dos bens) (arts. 2º e 17). E seus corolários: a presunção de inocência (art. 9º), a legalidade criminal (art. 8º), a legalidade processual (art. 7º). Afóra, a liberdade de resistir à opressão (art. 2º), que já se aproxima dos direitos do cidadão" (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Direitos humanos fundamentais, p. 23).

⁹² Neste sentido ver: ROGÉRIO GESTA LEAL, Perspectivas hermenêuticas dos direitos fundamentais no Brasil, p. 37.

⁹³ ROGÉRIO ZEIDAN, Ius Puniendi, Estado e direitos fundamentais: aspectos da legitimidade e limites da potestade punitiva, p. 27.

⁹⁴ FÁBIO KONDER COMPARATO, A afirmação histórica dos direitos fundamentais, p. 127-8.

pelo seu caráter universalista; a posição de Bastos⁹⁵ que ressalta que a Declaração francesa distinguia-se da americana, sobretudo, porque não se apresentava vinculada eminentemente às circunstâncias históricas que a precederam e não se afigurava como limitada ao próprio âmbito sobre o qual vigia por causa de seu caráter universalista e de seu cunho teórico e racional; a de Silva⁹⁶ que afirma que a Declaração francesa apenas tomou de empréstimo a técnica das Declarações americanas porque se baseou em fontes filosóficas e ideológicas européias; a de Schmitt⁹⁷ que pontua que na Declaração francesa se dá por suposto o conceito de cidadão e que se busca tão-somente lembrar os membros da comunidade de seus direitos e obrigações, o que possibilita que se continue o Estado racional já existente, ao invés do modelo americano que erige um novo Estado sob novas bases; e a de Sarlet⁹⁸ que estabelece como distinção, além do caráter universal e abstrato, o maior conteúdo democrático e social da Declaração Francesa.

Todavia, apesar de todas essas diferenças postas pela doutrina quanto à similitude entre a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e, sobretudo, as Declarações de direitos americanas, pode-se afirmar, com certeza quase absoluta, que o modelo francês recebeu forte influência do

⁹⁵ CELSO RIBERIO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2001, p. 175.

⁹⁶ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 157.

⁹⁷ CARL SCHMITT, Teoría de la constitución, p. 166.

⁹⁸ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 46-8.

modelo americano⁹⁹, por dois fatos: um, porque Thomas Jefferson esteve presente na França pré-revolução, o que por si só acabou por inspirar o projeto de declaração de direitos, depositado por La Fayette junto à Mesa da Assembléia em 11 de julho¹⁰⁰; e outro, porque a declaração francesa também previu que os homens nascem livres e iguais em direitos, quando possibilitou que somente por utilidade comum possam haver distinções sociais; quando estabeleceu que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem; quando instituiu que nenhum homem pode ser preso ou detido, senão nos casos determinados em lei; quando previu a criação de uma força pública para a garantia dos direitos do homem e etc.

Entretanto, no caso, não interessa debater nesta dissertação se a declaração francesa de 1789 foi influenciada ou não pelo movimento constitucionalista americano ou por qualquer outro movimento político, jurídico, filosófico ou social contemporâneo àquela; deixa-se tal querela para análise dos historiadores e sociólogos do direito. O que importa nesta dissertação é a análise do conteúdo da Decla-

⁹⁹ Neste sentido Ferreira Filho preceitua que "as declarações americanas influenciaram, sem dúvida, o curso dos acontecimentos franceses, pois eram conhecidas dos revolucionários que muito as apreciavam" (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direitos humanos fundamentais*, p. 20). Em sentido similar, Sarlet afirma que apesar de ser "incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial de Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, levando à consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes" é, segundo o autor, inegável a influência dos documentos americanos, cronologicamente anteriores (INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 46-8). Segundo Tácito é na inspiração libertária norte-americana que a Revolução Francesa "vai-se abeberar para a formulação do seu ideário de liberdades fundamentais" (CAIO TÁCITO, *Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, p. 01).

¹⁰⁰ FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos fundamentais*, p. 142.

ração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como de suas repercussões na evolução dos direitos fundamentais.

Em razão disto, passa-se logo para a análise do conteúdo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, devendo-se antes fazer menção à ressalva de Silva¹⁰¹ de que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

[...] dá a impressão de que contém dois tipos de direitos: *Direitos do Homem* e *Direitos do Cidadão*, que seriam distintos. Os primeiros de caráter pré-social, concernentes ao homem independentemente de sua integração em uma sociedade política, são, nos seus termos, a liberdade, a propriedade e a segurança, isto é: tudo aquilo que os franceses chamam hoje, com duvidosa pertinência, de liberdades públicas. Os segundos são direitos que pertencem aos indivíduos enquanto participantes de uma sociedade política, e são o direito de resistência à opressão, o direito de concorrer, pessoalmente ou por representantes, para a formação da lei, como expressão da vontade geral, o direito de acesso aos cargos públicos, a despeito de Duguit declarar que os direitos do cidadão, segundo a Declaração de 1789, não são os que nós hoje denominamos direitos políticos, mas, antes, são aquilo que se nomeia, por vezes, direitos civis. Esse autor, todavia, sustenta que os direitos do cidadão não são distintos dos direitos do homem¹⁰².

¹⁰¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo.

¹⁰² JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 158.

Quanto aos direitos do homem, a Declaração Francesa de 1789 arrolou os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem nos artigos 1º, 2º, 4º, 7º, 10, 11 e 17, ou mais especificamente, arrolou os direitos naturais de liberdade geral (previsto nos artigos 1º, 2º e 4º), de segurança (art. 2º), de liberdade de locomoção (art. 7º), de liberdade de expressão (art. 11) e de propriedade (enquanto liberdade de usar e dispor dos bens, art. 2º e 17). Não obstante a mera descrição dos direitos do homem pela Declaração de Direitos francesa, esta ainda instituiu os direitos corolários a esses, como, por exemplo, o direito de presumir-se a inocência dos suspeitos (art. 9º), o direito à legalidade criminal (art. 8º), o direito à legalidade processual (art. 7º) e o direito de resistir à opressão (art. 2º). Apesar da exaustiva descrição de direitos correlatos, nota-se que não estão previstos, ainda, determinados direitos como o de liberdade econômica, de comércio, indústria e profissão, a liberdade de trabalhar e de associar-se.

Contudo, Ferreira Filho¹⁰³ e Silva¹⁰⁴ apontam que, apesar da Declaração Francesa enumerar diversas liberdades, ainda faltaram algumas liberdades consideradas típicas da primeira geração dos direitos fundamentais, tais como a liberdade econômica - a qual não foi declarada à época por

¹⁰³ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direitos humanos fundamentais*, p. 24.

¹⁰⁴ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 158.

ser contraria aos interesses revolucionários burgueses porque importaria na extinção das corporações de ofício e na fixação da livre concorrência -, que somente foi declarada pela "Lei Chapelier" de 1791; a liberdade de comércio, indústria e profissão, que somente foi adotada em nível constitucional pela Declaração de 1793, apesar de já ter sido estabelecida desde 1791; a liberdade de trabalho, declarada somente em 1848, e; a liberdade de associação, a qual somente foi reconhecida em 1848 porque a Declaração do Homem e do Cidadão, documento básico do individualismo liberal, eliminou radicalmente todo tipo de organização que pudesse permitir o ressurgimento das restrições à liberdade de trabalho, ou seja, suprimiu, assim, todos os corpos intermediários, ou seja, as guildas e as associações dos trabalhadores livres.

Ademais, deve-se ressaltar que o principal papel da Declaração Francesa, diferentemente dos demais documentos, foi a de influenciar outros documentos posteriores a ela até a I Guerra Mundial e por fixar os limites do exercício dos direitos naturais de cada homem (conforme o art. 4º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão), em razão de seu caráter intelectual, mundial e individualista¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Bastos ressaltava quanto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que: "o que ela tem de particular é a sua universalidade e o seu cunho teórico ou racional. Enquanto as Declarações anglo-saxônicas apresentavam-se eminentemente vinculadas às circunstâncias históricas que as precederam e, por essa razão, se afiguravam

Contudo a formulação de declarações de direitos serviu para limitar os poderes do Estado pela afirmação e, conseqüente, positivação de direitos individuais de tipo negativo, destinados a garantir aos cidadãos o *status negativus* ou *status libertatis*¹⁰⁶. Porém a sedimentação dos direitos individuais nas normas constitucionais do século XVIII e XIX passou a carecer de mudanças porque, apesar de não se negar importância aos direitos individuais e nem se contestar a necessidade de sua incorporação ao texto das Constituições, se contestava a capacidade destes direitos de *status negativus* serem suficientemente aptos a oferecer proteção concreta aos homens em face da nova realidade social que aflorava.

Tal necessidade de revisão do rol de direitos individuais consagrados nas Constituições seguidas ao período revolucionário do século XVIII, se fez mais latente em razão da questão social no período pós-revolucionário do século XIX nos países industriais da Europa ocidental e dos Estados Unidos, na medida em estes países foram fortemente marcados pela péssima condição dos trabalhadores, em razão, principalmente, do avanço das práticas do liberalismo político e econômico (mais especificamente, a livre iniciativa

como limitadas ao próprio âmbito sobre o qual vigiam, a Declaração Francesa se considera válida para toda a humanidade" (CELSONO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2001, p. 175).

¹⁰⁶ Neste sentido ver: ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 354; INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 188-90; ROGÉRIO GESTA LEAL, Perspectivas hermenêuticas dos direitos fundamentais no Brasil, p. 98-9.

de mercado concorrencial, da liberdade de indústria, comércio e profissão, da extinção das corporações de ofício e abstenção política do Estado) decorrentes das revoluções liberais que possibilitaram a constituição do Estado moderno¹⁰⁷ e porque, segundo Dallari¹⁰⁸, a predominância do liberalismo fez com que o Estado assumisse uma posição passiva, "como simples conservador dos direitos dos que já os possuíam, sem nada fazer pelos que não tinham qualquer direito a conservar"¹⁰⁹.

Tais fatos fizeram com que a massa de trabalhadores fosse explorada pelos industriais e fosse submetida a péssimas condições de trabalho e de vida.

Em razão disto - segundo Horta¹¹⁰, Silva¹¹¹, Canotilho¹¹², Sarmiento¹¹³, Sarlet¹¹⁴, Leal¹¹⁵, Geraldo dos Reis¹¹⁶ e Weis¹¹⁷ - a concepção ocidental dos direitos individuais passou a sofrer reparos quando da ascensão de novas correntes

¹⁰⁷ Neste sentido ver: ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Los derechos humanos*, p. 30.

¹⁰⁸ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 208.

¹⁰⁹ Segundo Tácito, "A Revolução Industrial do século XIX - ou a segunda Revolução Industrial, se aceitarmos, com Jean Gimpel, que a primeira é fruto do domínio do homem sobre as fontes naturais de energia durante a Idade Média - desfez o equilíbrio entre as forças do capital e do trabalho mobilizando o direito para a proteção aos economicamente fracos. Uma nova ordem jurídica começa, lentamente, a evoluir sob a pressão de causas e concausas econômicas e sócias. Um sopro reformista perpassa tanto o direito público como os institutos tradicionais de direito privado. Os interesses se organizam em grupos, provocando conflitos que abalam os alicerces dos sistemas políticos" (CAIO TÁCITO, *Do direito individual ao direito difuso*, p. 5).

¹¹⁰ RAUL MACHADO HORTA, *Direito constitucional*, p. 217.

¹¹¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 175.

¹¹² J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 361.

¹¹³ DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 31-2.

¹¹⁴ INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 51.

¹¹⁵ ROGÉRIO GESTA LEAL, *Perspectivas hermenêuticas dos direitos fundamentais no Brasil*, p. 98-9.

¹¹⁶ GERALDO ANTÔNIO DOS REIS, *Os desafios da cidadania nos países em desenvolvimento*, in *Os novos conceitos do novo direito internacional - org. Danielle Annoni*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 201.

¹¹⁷ CARLOS WEIS, *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38-9.

(a saber, o movimento reformista católico - que através da doutrina social da Igreja e, mais especificamente, por meio da Encíclica *Rerum Novarum*, editada em 1891, procurou retomar a tese do bem comum, da dignidade da vida humana e da supremacia dos direitos naturais do homem sobre as normas positivas do Estado liberal, a fim de elevando a dignidade do trabalho e do trabalhador, afirmar os direitos de trabalho digno, de subsistência do trabalhador por meio de um salário digno, por meio à educação etc; as doutrinas marxistas concretizadas no Manifesto Comunista, e o; maior intervencionismo estatal; a ampliação da participação popular pela reformulação dos quesitos censitários de sufrágio), as quais passaram a exigir um menor conteúdo individualista dos direitos e a respectiva complementação destes a fim de oferecer ao indivíduo a concreta proteção que nem sempre as normas abstratas das cartas constitucionais proporcionavam.

Por fim, segundo Silva¹¹⁸, começa a ficar patente aos trabalhadores a insuficiência de proteção das garantias formais de resistência e de limitação de poder, caracterizadoras das chamadas liberdades formais de sentido negativo, para fazer frente à opressão econômica porque "de nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda não dispõe, de condições materiais para exercê-las".

¹¹⁸ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 159.

Todavia, ao contrário do que pensa Dallari¹¹⁹, não se pode deixar de lembrar que já havia algumas propostas de consagração dos direitos econômicos e sociais. Ferreira Filho¹²⁰, em simetria a Pena de Moraes¹²¹, adverte que "ao contrário do que muitos supõem, preocupações sociais já estão presentes nas próprias declarações de direitos do primeiro período", tais como, segundo o autor, os artigos 21 e 22 da Constituição francesa de 1793, bem como o artigo 179, n. 31 e 32 da Constituição brasileira de 1824. Porém, tais previsões não eram suficientes para solucionar o caos social que se avizinhava¹²².

Tais pressões fizeram eclodir uma nova positivação dos direitos naturais, por meio de direitos sociais, os quais estavam previstos, sobretudo, nas Constituições francesa de 1848 e mexicana de 1917, no Tratado de Versalhes, de 1919 - o qual, definindo as condições de paz entre Aliados e a Alemanha, instituiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT), consagrando, por conseguinte, os direitos do trabalhador, os direitos sociais como fundamentais e obrigatórios para todos os Estados signatários do referido Tratado -, na Lei de Socialização alemã - a qual foi o em-

¹¹⁹ Segundo Dallari "a idéia de uma nova Declaração de Direitos surgiu no fim da II Guerra Mundial. O industrialismo do século XIX, ao mesmo tempo em que procurava levar às últimas conseqüências os princípios individualistas do liberalismo, promovera a concentração dos indivíduos que nada mais possuíam do que a força de trabalho. Com isto, iria deixar muito evidente a organização do proletariado como força política. além disso, patenteou aos intelectuais e aos líderes não condicionados por interesses econômicos a necessidade imperiosa de se implantar uma nova ordem social, em que todos os homens recebessem proteção e tivessem meios de acesso aos bens sociais" (DALMO DE ABREU DALLARI, Elementos de teoria geral do Estado, p. 210).

¹²⁰ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Estado de direito e constituição, p. 38.

¹²¹ GUILHERME BRAGA PEÑA DE MORAES, Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria, p. 55.

¹²² Neste sentido ver: DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 33.

brião do art. 163, I da Constituição de Weimar e, que pôs fim ao liberalismo alemão, socializando indústrias e instituindo novos deveres do Estado para com a sociedade -, e na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado.

Em razão do surgimento dos direitos sociais, Tácito¹²³ enfatiza que:

[...] As constituições se enriquecem com novos capítulos pertinentes a direitos econômicos e sociais, tão relevantes para o homem comum como os direitos civis e políticos, conquistados na luta contra o absolutismo. O centro de gravidade da ordem jurídica caminha do individual para o social. No conceito da propriedade, a noção do domínio se expande na regulação de seu uso e de sua função social. A proteção ao trabalho se extrema na garantia de participação nos resultados da produção. O Estado transforma a sua presença, ultrapassando a simples preservação de direitos e liberdades individuais para ambicionar a eficácia da segurança social¹²⁴.

Em seguida, com o término da I Guerra Mundial, com o aumento do socialismo e com a reorganização do sindicalismo houve o aumento das demandas sociais por proteção e assistência aos trabalhadores, o que forçou a implementação de políticas sociais mais direcionadas, como, por exemplo, a criação do seguro de saúde e de responsabilidade civil, a

¹²³ CAIO TÁCITO, Do direito individual ao direito difuso.

¹²⁴ CAIO TÁCITO, Do direito individual ao direito difuso, p. 05.

edição das leis de seguro contra acidentes, de amparo à velhice e à invalidez e de proteção ao trabalho.

De acordo com Guedes¹²⁵, as reformas sociais realizadas por Bismarck na década de 1890 fizeram com que o Estado invertesse seu papel na sociedade, passando de mero espectador para ator de maior importância, ou seja, passou a atuar positivamente a fim de corrigir as disfunções sociais ocasionadas pela economia capitalista liberal¹²⁶, o que possibilitou a Constituição de Weimar a qual, dentre outros, institui os seguintes direitos sociais: proteção da família e da maternidade (artigo 119), igualdade jurídica entre filhos legítimos e ilegítimos (artigo 121), proteção da juventude (artigo 122), prestação de serviços à comunidade (artigos 132 e 133), estímulo às Ciências e Artes pelo Estado (artigo 142), gratuidade de ensino e escolas populares (artigos 143 e 144), desenvolvimento econômico baseado em justiça social (artigo 151), reforma agrária (artigo 155), socialização da propriedade privada (artigo 156), proteção ao trabalho (artigo 157), liberdade sindical (ar-

¹²⁵ MARCO AURELIO PERI GUEDES, Estado e ordem econômica e social: a experiência constitucional da república de Weimar e a Constituição brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 30.

¹²⁶ Segundo Tácito, passa o Estado a ser “convocado a disciplinar e conter os excessos do capitalismo e da propriedade privada, sujeitando-os aos princípios do bem comum e da justiça social. A tônica da atividade do poder público se desloca da abstenção para a intervenção” (CAIO TÁCITO, Do direito individual ao direito difuso, p. 05). De acordo com Araujo e Nunes Júnior: “os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais. Por isso, em contraposição aos direitos fundamentais de primeira geração – chamados de direitos negativos –, os direitos fundamentais de segunda geração costumam ser denominados direitos positivos, pois, como se disse, reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais. Também são chamados ‘direitos de crença’, pois trazem a esperança de uma participação ativa do estado. Constituem os direitos fundamentais de segunda geração os direitos sociais, os econômicos e os culturais, quer em sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva” (LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Curso de direito constitucional, p. 88).

tigo 159), sistema de segurança social (artigo 161) e socialização das riquezas naturais e meios de produção em nome da coletividade (artigo 7, inciso 13)¹²⁷.

No caso nacional, há total influência do sistema político alemão no sistema pátrio, em muito ocasionado pelo surgimento de movimentos de autoritários nacionalistas. O que se pode comprovar facilmente quando da confrontação da Constituição de Weimar face à Constituição Provisória, como por exemplo pela adoção da pulverização do poder da Administração em centros de competência técnica especializada, nos moldes da *Arbeitsgemeinschaft* e dos Conselhos Econômicos do Reich.

Também se verifica a forte influência do modelo alemão na Constituição de 1934 pela inclusão no texto constitucional de inúmeros dispositivos constitucionais de conteúdo programático, de baixa eficácia e sujeitos à discricionariedade governamental para a sua realização.

Em sentido contrário a forte influência da Carta alemã, Alexandre de Moraes¹²⁸ afirma que a Constituição de 1934 acrescentou tão-somente aos já previstos direitos fundamentais, os seguintes: consagração do direito adquirido,

¹²⁷ MARCO AURELIO PERI GUEDES, Estado e ordem econômica e social: a experiência constitucional da república de Weimar e a Constituição brasileira de 1934, p. 61-2.

¹²⁸ ALEXANDRE DE MORAES, Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2000, p. 33.

ato jurídico perfeito e coisa julgada; escusa de consciência, direitos do autor na reprodução de obras literárias, artísticas e científicas; irretroatividade da lei penal; impossibilidade de prisão civil por dívidas, multas ou custas; impossibilidade de concessão de extradição de estrangeiro em virtude de crimes políticos ou de opinião e impossibilidade absoluta de extradição de brasileiro; assistência jurídica gratuita; mandado de segurança; ação popular.

Porém, no tocante à definição de qual o instrumento político foi original quanto aos direitos sociais deve-se ter em mente que não há unicidade de escolha.

Ferreira Filho¹²⁹ prefere crer que foi o Tratado de Versalhes que instituiu os direitos sociais porque entende que não houve tanto pelas constituições francesa de 1848 e a mexicana de 1917 quanto pela Declaração russa a instituição da nova versão dos direitos sociais. Segundo o mencionado autor, tais instrumentos políticos apenas anteciparam "alguns dos desdobramentos típicos do direito social", bem como a Declaração russa não enunciou quaisquer direitos, tão-somente fixou princípios, como, por exemplo, o da abolição da propriedade da terra, o confisco dos bancos, a colocação de empresas sob o controle dos trabalhadores e etc.

¹²⁹ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Estado de direito e constituição, p. 46-7.

De outra borda, Silva¹³⁰ e Horta¹³¹ afirmam que foi, sim, a Constituição mexicana de 1917 que por primeiro sistematizou o conjunto dos direitos sociais do homem.

Em sentido diverso, Peña de Moraes¹³² afirma que foi a Constituição francesa de 1848 o documento positivador dos direitos fundamentais sociais, apesar de a Constituição mexicana de 1917 ser considerada como a primeira Constituição social mundial.

Diversamente aos demais, Tácito¹³³ e Guedes¹³⁴ afirmam que o marco histórico da promulgação de direitos sociais enquanto direitos fundamentais do homem deu-se com a Constituição de Weimar.

Independentemente do marco histórico, deve-se ter em mente - em concordância com o exposto por Sarmiento¹³⁵, por Zeidan¹³⁶, por Coelho¹³⁷ e por Bolzan¹³⁸ - que a transformação do Estado mínimo liberal para o Estado de bem-estar social impôs tanto a reconsideração do fenômeno da soberania pela

¹³⁰ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 160.

¹³¹ RAUL MACHADO HORTA, Constituição e direitos individuais. Revista de Direito Público. São Paulo: RT, ano XVI, n. 67, jul./set., 1983, p. 24.

¹³² GUILHERME BRAGA PEÑA DE MORAES, Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria, p. 57.

¹³³ CAIO TÁCITO, Do direito individual ao direito difuso, p. 07; Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988, p. 02.

¹³⁴ MARCO AURELIO PERI GUEDES, Estado e ordem econômica e social: a experiência constitucional da república de Weimar e a Constituição brasileira de 1934, p. 30.

¹³⁵ DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 33.

¹³⁶ ROGÉRIO ZEIDAN, *Ius puniendi*, Estado e direitos fundamentais: aspectos da legitimidade e limites da potestade punitiva, p. 33-5.

¹³⁷ EDIHERMES MARQUES COELHO, Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 72.

¹³⁸ JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS, As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002, p. 30 e ss.

transformação do Estado de mero garantidor da paz social e do poder incontrastável da sociedade para ordenador da incorporação de grupos sociais aos benefícios da sociedade moderna, quanto à positivação das medidas assistenciais estatais - porque as medidas caritativas de prestação de serviços por parte do Estado transsubstanciam-se em direitos próprios dos indivíduos¹³⁹.

Surgem, em consequência deste processo, os direitos de conteúdo positivo que o Estado está não só obrigado a respeitar, mas, especialmente, a implementar. Sendo que, tais direitos não vieram a suplantam o rol de direitos individuais de status negativus, mas, pelo contrário, vieram ampliar o rol de proteção dos indivíduos ao abuso do Poder¹⁴⁰ - aqui não mas só do Estado, mas da própria sociedade e dos próprios indivíduos¹⁴¹.

¹³⁹ Neste sentido Bolzan lembra que “a história desta passagem, de todos conhecida, vincula-se em especial na lutados movimentos operários pela conquista de uma regulação/garantização/promoção para a convencionalmente chamada questão social acima referida. São os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e assistências sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia, etc., que vão impulsionar a passagem do chamado Estado Mínimo – onde lhe cabia tão-só assegurar o não-impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado caracterizado por vínculos intersubjetivos a partir de indivíduos formalmente livres e iguais – para o Estado Social de caráter intervencionista – que passa a assumir tarefas até então próprias ao espaço privado através de seu ator principal: o indivíduo”(JOSÉ LUIZ BOLZAN DE MORAIS, As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos, p. 34-5).

¹⁴⁰ Neste sentido ver: RAUL MACHADO HORTA, Constituição e direitos individuais, p. 23; CAIO TÁCITO, Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 178, out./dez., 1989, p. 02.

¹⁴¹ Neste sentido ver: MANOEL GONÇÁLVES FERREIRA FILHO, Curso de direito constitucional, p. 282-6; CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2001, p. 179; PAULO BONAVIDES, Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 519; JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 174-5.

Por tudo isso, deve-se ter em mente, conforme preceituado por Bastos¹⁴², que

[...] aos direitos sociais reserva-se o papel de atender aqueles que não são capazes de acompanhar essa marcha no rumo da auto-suficiência e por razões diversas, como a idade, a doença, e muitos outros infortúnios, se vêm na necessidade de valer-se do socorro da sociedade¹⁴³.

Entretanto, o reconhecimento dos direitos sociais não pôs fim à ampliação do campo dos direitos fundamentais, porque, segundo Canotilho¹⁴⁴,

[...] a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade¹⁴⁵,

fazendo com que, de acordo com Ferreira Filho¹⁴⁶, a

[...] consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de todas as raças ou nações, redundou no surgimento de uma nova geração - a terceira -, de direitos fundamentais¹⁴⁷.

¹⁴² CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2001.

¹⁴³ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2001, p. 179.

¹⁴⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição.

¹⁴⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição, p. 361.

¹⁴⁶ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Direitos humanos fundamentais.

¹⁴⁷ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Direitos humanos fundamentais, p. 57.

Quanto aos fatores que possibilitaram o surgimento da terceira dimensão dos direitos fundamentais não há concordância por parte da doutrina. São exemplos da diversidade doutrinária quanto ao surgimento da terceira dimensão dos direitos fundamentais os posicionamentos dos autores retro mencionados.

Segundo Pena de Moraes¹⁴⁸, o surgimento dos direitos de terceira dimensão decorre do aumento do caráter universal dos direitos fundamentais e de sua correlata proteção internacional, na medida em que se amplia a área de interesse dos indivíduos - de meramente pessoal para coletivo nacional com a incorporação dos direitos sociais às liberdades públicas e, neste momento, de sociais para mundiais com a fixação dos direitos de solidariedade mundial.

Weis¹⁴⁹ e Miranda¹⁵⁰ preferem relacionar o surgimento de tais direitos com o surgimento da sociedade de massas - e correspondente enfraquecimento da individualidade do ser humano (conforme já demonstrado no Capítulo 1 deste estudo) - e da cisão dos Estados em desenvolvidos e subdesenvolvidos, onde estes procuraram por meio de tratados internacionais possibilitar, dentre outros, os direitos ao desenvolvimento, à livre determinação dos povos e a um meio ambiente sadio.

¹⁴⁸ GUILHERME BRAGA PEÑA DE MORAES, Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria, p. 39.

¹⁴⁹ CARLOS WEIS, Direitos humanos contemporâneos, p. 40 e 125.

¹⁵⁰ JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 63.

Torres¹⁵¹, diferentemente dos outros, prefere crer que o surgimento dos direitos de terceira dimensão está relacionado diretamente à junção da positivação dos direitos humanos nos tratados internacionais, principalmente nos da ONU e da OEA; da globalização econômica com seus efeitos nos planos político e social, que aproxima o local do universal; da nova percepção dos limites da liberdade oriundos da erupção do espaço cibernético, e; do surgimento de uma era em que se enfraquecem as fronteiras nacionais e o dogma da soberania.

Tavares¹⁵² prefere admitir que os direitos de terceira dimensão decorram da luta contra a escravidão e na regulação dos direitos dos trabalhadores.

Piovesan¹⁵³, em posição quase similar a de Tavares¹⁵⁴, suscita como fatores que levaram ao aparecimento daqueles direitos - além do estabelecimento de parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho; da redefinição do âmbito e do alcance do tradicional conceito de soberania estatal e do status do indivíduo no cenário internacional - a fixação, como objetivo internacional, da manu-

¹⁵¹ RICARDO LOBO TORRES, A cidadania multidimensional na era dos direitos, p. 299.

¹⁵² ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 370.

¹⁵³ FLÁVIA PIOVESAN, Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 125-8.

¹⁵⁴ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional.

tenção da paz, da segurança internacional e da proteção dos direitos fundamentais em situações de conflito armado.

Contudo, prefere-se creditar à maior efetivação e proteção da dignidade humana como o fator que possibilitou o surgimento e a positivação internacional dos direitos fundamentais de terceira geração¹⁵⁵. A dignidade humana, principalmente depois dos genocídios ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, passa a projetar-se para os ordenamentos jurídicos como elemento inerente, incondicionado, não dependente de qualquer outro critério, senão o humano, que deve ser protegido e iluminar o universo dos direitos.

Desta forma, a fim de se proclamar essa nova geração de direitos fundamentais surgem as Declarações internacionais de direitos. E dentre essas, deve-se ressaltar como de maior importância - apesar das críticas quanto a sua força, sua forma e a falta de rigor na demarcação dos direitos¹⁵⁶ - a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Neste sentido ver: FLÁVIA PIOVESAN, Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 146; Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: (neo) constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje as constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 01, n. 2, 2004, p. 87; DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 267; INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 54.

¹⁵⁶ Bastos afirma que "é interessante observar que a declaração, por ter de agradar tanto às concepções ideológicas dos países do Leste como o do Oeste, finda por incorrer numa certa falta de rigor na demarcação dos direitos" (CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002, p 310).

¹⁵⁷ Neste sentido ver: PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, p. 183; JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais, p. 25; ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 373.

Weis¹⁵⁸ confirma a posição acima firmada na medida em que entende que

[...] A recente sistematização dos direitos humanos em um sistema normativo internacional, marcada pela promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, representa tanto o ponto de chegada do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos como o traço inicial de um sistema jurídico universal destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas, baseando-se na proteção e promoção da dignidade do ser humano¹⁵⁹.

Tavares¹⁶⁰ firma posição que a internacionalização dos direitos fundamentais, apesar da Declaração dos Direitos Universais do Homem ter sido o primeiro texto jurídico-internacional que apresentou um catálogo completo de direitos fundamentais, teve início na segunda metade do século XIX, pela Convenção de Genebra, de 1864.

Em sentido diverso, Bastos¹⁶¹, Sarmento¹⁶², Piovesan¹⁶³, Amaral Júnior¹⁶⁴, Coelho¹⁶⁵, Sarlet¹⁶⁶, Branco¹⁶⁷ e Miguel

¹⁵⁸ CARLOS WEIS, Direitos humanos contemporâneos.

¹⁵⁹ CARLOS WEIS, Direitos humanos contemporâneos, p. 21.

¹⁶⁰ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 370-3.

¹⁶¹ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002, p. 309-10.

¹⁶² DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 267.

¹⁶³ FLÁVIA PIOVESAN, Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988, p. 81.

¹⁶⁴ ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR, A institucionalização internacional dos direitos humanos: conquistas e desafios, in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional – coord. Flávia Piovesan. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.642.

¹⁶⁵ EDIHERMES MAQUES COELHO, Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária, p. 65-6.

Faria¹⁶⁸ preferem crer que foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem que iniciou a internacionalização dos direitos individuais.

Em razão disto, cabem alguns comentários acerca da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

De acordo com Bobbio¹⁶⁹, somente após a confecção da Declaração Universal é que se pode ter certeza histórica de que a humanidade partilha alguns valores comuns e que tais valores são realmente universais, ou, na expressão daquele autor, que os valores consagrados pela Declaração Universal foram "subjetivamente acolhidos pelo universo dos homens". Adverte ainda Bobbio¹⁷⁰ que

[...] Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, põem efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos

¹⁶⁶ INGO WOLFGANG SARLET, Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: Direitopublico.com.br, n. 1, abril, 2001, p. 01.

¹⁶⁷ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais, p. 138.

¹⁶⁸ MIGUEL JOSÉ FARIA, Direitos fundamentais e direitos do homem, p. 101-2.

¹⁶⁹ NOBERTO BOBBIO, A era dos direitos, p. 28.

¹⁷⁰ NOBERTO BOBBIO, A era dos direitos.

do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo¹⁷¹.

Neste mesmo sentido, Ferrajoli¹⁷² aponta que somente depois do surgimento da ONU e da aprovação de cartas e convenções internacionais sobre direitos humanos é que estes direitos passam a ser

[...] "fundamentales" no solo dentro de los Estados en cuyas constituciones se encuentran formulados, son derechos supra-estatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional; no, pues, derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanías¹⁷³.

Porém, ressalta Bastos¹⁷⁴ que a maior importância desta Declaração se dá pela proclamação de quatro ordens de direitos individuais, a saber: direitos pessoais do indivíduo (direito à vida, à liberdade e à segurança), direitos do indivíduo em face das coletividades (direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido - salvo no caso de crime comum -, direito de livre circulação,

¹⁷¹ NOBERTO BOBBIO, A era dos direitos, p. 28.

¹⁷² LUIGI FERRAJOLI, Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

¹⁷³ LUIGI FERRAJOLI, Los fundamentos de los derechos fundamentales, p. 40.

¹⁷⁴ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002, p. 309-10.

de resistência e de propriedade), direitos públicos ou as liberdades públicas (liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação) e direitos econômicos e sociais (direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação). Acrescenta ainda o referido autor que aglutinação dos direitos fundamentais em categorias nas Declarações internacionais se deu pela existência de uma tríplice preocupação ou, mais especificamente, porque as Declarações visavam responder às necessidades de proteção do indivíduo em face das arbitrariedades do Estado em cujo território ele se encontrar, à preocupação de assegurar uma defesa nacional contra possíveis opressões de seu e de quaisquer outros Estados e à aspiração de se levar a efeito uma consagração internacional de uma concepção universal dos direitos fundamentais.

Weis¹⁷⁵, pelo contrário, prefere identificar somente duas ordens de direitos, visto que entende que:

[...] na chamada 'fase legislativa' das declarações e tratados, especialmente após os pactos internacionais de 1966, os direitos restaram divididos em 'civis e políticos', de um lado, e 'econômicos, sociais e culturais', de outro. Assim, embora se suponha haver direitos humanos de cinco tipos distintos, foram eles agrupados em duas categorias [...] ¹⁷⁶.

¹⁷⁵ CARLOS WEIS, Direitos humanos contemporâneos.

¹⁷⁶ CARLOS WEIS, Direitos humanos contemporâneos, p. 44.

Assim, independentemente de quantas ordens de direitos fundamentais as Declarações internacionais visaram proclamar, pode-se elencar como exemplos destes novos direitos fundamentais de caráter universal, os seguintes: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade. Não obstante, acrescenta-se, as vezes, entre esses, também, o direito dos povos a dispor deles próprios (direito à autodeterminação dos povos) e o direito à comunicação.

Cabe ainda um esclarecimento quanto às Declarações internacionais de direitos, essas buscaram apenas a proclamação de princípios a serem seguidos e efetivados pelos Estados signatários, vez que, não tendo o caráter de norma cogente, sua jurisdicionalização fica dependente das legislações internas de cada país, isto é, a eficácia jurídica de tais direitos está ainda ao nível de cada legislação nacional - somente serão eficazes os direitos fundamentais que forem previstos pelas ordens normativas de cada país.

Por tudo isso, pode-se afirmar que a internacionalização dos direitos fundamentais do homem visaram, sobretudo, a retomada da reivindicação de seu caráter universal e supra-estatal¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Neste sentido ver: ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 377.

Ademais, deve-se ter como consequência desse processo de universalização dos direitos fundamentais a inclusão nas Constituições da previsão de que além dos direitos fundamentais consagrados em seus textos admitem-se outros direitos fundamentais que estejam previstos nos tratados internacionais em que o respectivo país seja parte. Exemplo dessa previsão é o § 2º do art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988; o art. 16º, 1 e 2 da Constituição Portuguesa; o art. 25 da Constituição Alemã; o art. 46 da Constituição da Nicarágua, o art. 5º, II da Carta Política do Chile; o art. 93 da Constituição da Colômbia; o art. 75 da Constituição Argentina, dentre outros¹⁷⁸.

Porém, afirmar que o processo histórico dos direitos fundamentais apresenta seu último capítulo na Declaração Universal dos Direitos do Homem é não compreender que os direitos fundamentais sempre surgiram como reação às ameaças fundamentais que circundam o homem e o cidadão¹⁷⁹ e que os direitos fundamentais são dotados de uma radical historicidade, ou seja, os direitos fundamentais surgiram e evoluíram ao formato hodierno porque houve profundas transformações na realidade sócio-política¹⁸⁰. Além do que, con-

¹⁷⁸ CARLOS WEIS, *Direitos humanos contemporâneos*, p. 25.

¹⁷⁹ Afirma Bobbio que a "Declaração não pode apresentar nenhuma pretensão de ser definitiva" porque "os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação" (NOBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 32-3).

¹⁸⁰ Neste sentido ver: JUAN MARÁ BILBAO UBILLOS, *¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, in *Constituição, direitos fundamentais e direito privado – org. Ingo Wolfgang Sarlet*. Poroto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003, p. 300; NOBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 32-3; CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 48.

corda-se com Bobbio¹⁸¹, de que "a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação" poderão produzir "mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos" e, portanto, de novos direitos que assegurem a dignidade humana, como por exemplo, na expressão de Bonavides¹⁸², os direitos de quarta geração - como os direitos contra manipulação genética, direito à mudança de sexo, direito à democracia, o direito à informação, o direito ao pluralismo e outros¹⁸³.

4.1.2. *A questão das dimensões dos direitos fundamentais:*

A análise da evolução histórica dos direitos fundamentais faz exsurgir a questão das gerações, gestações ou dimensões dos direitos fundamentais, apesar de Weis¹⁸⁴ afirmar que é possível uma "não-correspondência entre as gerações e o processo histórico de nascimento e desenvolvimento dos direitos humanos".

¹⁸¹ NOBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 33.

¹⁸² PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 524-5.

¹⁸³ Ferreira Filho prefere afirmar que tais direitos seriam direitos de terceira geração dos direitos do homem; direitos de solidariedade: direito à paz, ao desenvolvimento, ao respeito ao patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*, p. 288).

¹⁸⁴ CARLOS WEIS, *Direitos humanos contemporâneos*, p. 40.

Em razão disto, pode-se dividir a doutrina entre aqueles que creditam a evolução dos direitos fundamentais à correspondência de gerações e os que não o fazem.

Peña de Moraes¹⁸⁵, Araujo e Nunes Júnior¹⁸⁶, Ferreira Filho¹⁸⁷, Bolzan¹⁸⁸, Bicudo¹⁸⁹, Rocha¹⁹⁰, Branco¹⁹¹ e outros¹⁹², afirmam que tal processo de gestação dos direitos fundamentais deu-se de forma sucessiva, cumulativa e, de forma, a identificar o surgimento destes com o encadeamento lógico do lema libertário francês, ou seja, os direitos fundamentais surgiram baseados na necessidade de liberdade, de i-

¹⁸⁵ GUILHERME BRAGA PEÑA DE MORAES, Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria, p. 70-2.

¹⁸⁶ Araujo e Nunes Júnior admitem que a evolução dos direitos fundamentais se dá pela constituição de três gerações de direitos fundamentais, compostas pelas gerações dos direitos civis ou individuais e políticos (1ª geração); dos direitos sociais, econômicos e sociais (2ª geração), e; dos direitos à paz n mundo, ao desenvolvimento econômico dos países, à preservação do ambiente, do patrimônio comum da humanidade e à comunicação (3ª geração) (LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Curso de direito constitucional, p.87-9).

¹⁸⁷ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Direitos humanos fundamentais, p. 06; Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar: n. 203, jan./mar., 1996, p. 02.

¹⁸⁸ Morais afirma que “os direito humanos não nascem todos de uma vez, eles são históricos e se formulam quando e como as circunstâncias sócio-histórico-político-econômica são propícias ou referem a inexorabilidade do reconhecimento de novos conteúdos, podendo-se falar, assim, em gerações de direitos humanos” (JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS, As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos, p. 60 e ss).

¹⁸⁹ HÉLIO BICUDO, Direitos humanos e sua proteção, p. 41 e ss.

¹⁹⁰ FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, Direitos fundamentais na Constituição de 1988. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 87, vol. 758, dez., 1998, p. 24.

¹⁹¹ Segundo Branco, “é importante salientar que a tricotomia diz respeito apenas à diferença de momentos em que esses direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica” e que “a visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão” (PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais, p. 107-13).

¹⁹² Neste sentido ver: JOSÉ ANSELMO CÍCERO DE SÁ, Liberdades públicas, p. 42; JOSÉ LUIZ BOLZAN DE MORAIS, Direitos humanos “globais (universal)”! De todos, em todos os lugares, in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional – coord. Flávia Piovesan. São Paulo: Max Limonad, 2002, p 521; PAULO BONAVIDES, Curso de direito constitucional, p. 517; RICARDO LOBO TORRES, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 08-09; ROGÉRIO ZEIDAN, Ius puniendi, Estado e direitos fundamentais: aspectos da legitimidade e limites da potestade punitiva, p. 35; FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, Direitos fundamentais na Constituição de 88, p. 24; FLÁVIA PIOVESAN, Desafios e perspectivas dos direitos humanos: inter-relação dos valores liberdade e igualdade, in Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos - coord. Daniela Annoni. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 189-90.

gualdade e de fraternidade dos homens. Ou seja, os direitos fundamentais poderiam ser agrupados em três ou quatro gerações sucessivas e cumulativas de direitos. Sendo que, os direitos de primeira geração seriam os direitos fundamentais individuais, políticos e de nacionalidade ou direitos de liberdade, porque tais direitos visavam, diretamente, limitar possíveis ações do Estado contra a esfera de liberdade dos indivíduos e, indiretamente, consagrar direitos naturais do homem; enquanto que, os direitos de segunda geração equivaleriam aos direitos sociais ou direitos de igualdade, porque procuraram possibilitar condições iguais de vida e de oportunidades aos membros da sociedade pela imposição de deveres de prestação ou de fornecimento de um bem pelo Estado aos indivíduos, e; os direitos de terceira geração correspondem aos direitos difusos ou direitos fundamentais de fraternidade ou de solidariedade, porque, pela proteção internacional, visam a proteção de valores e de direitos de interesse de uma coletividade indeterminada. Pode-se dizer ainda, que tais autores identificam as gerações dos direitos fundamentais, também, pelas naturezas distintas destes, porque os direitos de primeira geração seriam identificados por conterem natureza negativa; os de segunda geração por conterem natureza positiva, e; os de terceira geração, pela natureza humanista e universalista.

Do outro lado, Weis¹⁹³, Bastos¹⁹⁴, Miranda¹⁹⁵, Tácito¹⁹⁶ e outros¹⁹⁷ preferem crer na impossibilidade da analogia de gerações quanto ao surgimento dos diversos grupos de direitos fundamentais porque entendem que não há sucessão quanto à formação das gerações dos direitos fundamentais (na medida em que, no plano internacional, determinados direitos sociais foram regulamentados antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos), mas tão-somente uma verdadeira interação e fusão entre os direitos fundamentais já consagrados com os trazidos posteriormente. Em razão disto, afirmam os autores que perfilham essa posição que a identificação de supostas gerações sucessivas de direitos fundamentais por parte da doutrina corresponde a mera metáfora didática por parte desta para facilitar a compreensão do surgimento daqueles, sendo, portanto, a identificação da origem histórica dos direitos fundamentais com a idéia de gerações desapropriada porque tal metáfora não é auto-compreensiva, carecendo, pois, de remissão quanto ao processo histórico dos direitos fundamentais. Prefere

¹⁹³ CARLOS WEIS, *Direitos humanos contemporâneos*, p. 40-1.

¹⁹⁴ Bastos afirma quanto à evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais que: “nem todas as sociedades avançam na mesma rapidez na aquisição de condições efetivas para a definição dos direitos fundamentais” (CELSONO RIBEIRO BASTOS, *Curso de direito constitucional*, 2002, p. 308).

¹⁹⁵ Miranda endossa tal posição por afirmar quanto a existência de três gerações de direitos fundamentais que: “esta tricotomia seja exacta de um prisma de localização histórica do aparecimento destes ou daqueles direitos, já no plano conceitual não parece justificar-se: o direito ao ambiente – enquanto direito, e não enquanto interesse difuso – releva dos direitos sociais e, em parte ainda, dos próprios direitos de liberdade; e os direitos dos povos não podem ser, de modo algum, confundido com direitos fundamentais (até porque, nos últimos trinta anos, houve regimes políticos que os invocaram precisamente para esmagar direitos fundamentais)” (JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, p. 24).

¹⁹⁶ CAIO TÁCITO, *Do direito individual ao direito difuso*, p. 13.

¹⁹⁷ Carlos Weis cita como partidário dessa posição Cançado Trindade (CARLOS WEIS, *Direitos humanos contemporâneos*, p. 40-2). Neste sentido ver também: PAULO AFONSO LINHARES, *Direitos fundamentais e qualidade de vida*, p. 61; SÔNIA TEIXEIRA, *A proteção dos direitos fundamentais na revisão do Tratado da União Européia*. Lisboa: Assoc. Acad. Da Fac. De Lisboa, 1998, p. 55; INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 39 e ss.

tal parte da doutrina, por tudo isso, identificar os diversos direitos fundamentais pela alcunha de direitos civis e políticos, de direitos econômicos, sociais e culturais e de direitos humanos globais.

Tavares¹⁹⁸, Canotilho¹⁹⁹, Piovesan²⁰⁰ e outros²⁰¹, de outra borda - apesar de também considerarem como equivocada a idéia de gerações para identificar o surgimento dos direitos fundamentais pelos mesmos motivos ressaltados, dentre outros, por Weis²⁰² - preferem identificar o surgimento dos direitos fundamentais com a idéia de dimensões, sob o argumento de que é perfeitamente compreensível a idéia de que tais direitos, decorrendo da natureza humana, podem ser verificados por infinitas e inesgotáveis dimensões derivadas da constante redefinição e recriação das necessidades humanas. As dimensões, segundo Tavares²⁰³, espelhariam não a existência de um rol eterno e imutável de direitos fundamentais, mas somente o "permanente e incessante repensar dos Direitos" - o que permitiria a inclusão de um mesmo direito fundamental em mais de uma dimensão²⁰⁴ deste.

¹⁹⁸ ANDRE RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 357-8.

¹⁹⁹ J. J. GOMES CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição, p. 362-3.

²⁰⁰ FLÁVIA PEIOVESAN, Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 149-50.

²⁰¹ Neste sentido ver: JULIO CESAR FINGER, Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, p. 91-2; EDIHERMES MARQUES COELHO, Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária, p. 73.

²⁰² CARLOS WEIS, Direitos humanos contemporâneos, p. 40-1.

²⁰³ ANDRE RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 358.

²⁰⁴ Quanto às dimensões, Tavares afirma que seriam direitos humanos de primeira dimensão "aqueles surgidos com o Estado Liberal do século XVIII", ou mais especificamente, os direitos individuais e políticos; enquanto que os direitos sociais e econômicos ou os direitos que "visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais" seriam os direitos de segunda dimensão; são direitos de terceira dimensão os direitos coletivos ou difusos, enquanto que; seriam direitos de quarta dimensão os direitos das minorias.

Em razão de todo o exposto, prefere-se neste trabalho posicionar-se no sentido de entender os direitos fundamentais como direitos históricos que surgiram em razão das modificações sócio-políticas. Direitos que, apesar de surgirem de forma sucessiva e cumulativa, não obtiveram em todas as sociedades, no mesmo período, a devida valorização e, conseqüente, positividade. Os direitos fundamentais foram sendo concebidos em razão das necessidades humanas, necessidades estas que se configuravam de forma diversa em tempo e espaço diversos, o que possibilitou o surgimento, no mesmo lapso de tempo, de alguns direitos em algumas sociedades, em razão de mesmas necessidades humanas, e de outros direitos em outras sociedades, em razão da diversidade de necessidades - mesmo que tais direitos fossem diversos quanto a sua forma, e idênticos quanto às necessidades que procuravam garantir e proteger.

Bem como, prefere-se não identificar o surgimento dos direitos fundamentais com possíveis gerações ou dimensões, a não ser que tais conceitos sejam utilizados tão-só para satisfazer uma necessidade pontual didática, mas mesmo assim, se não houver outro termo mais apropriado para identificar o conjunto de direitos num dado tempo, preferir-se-á o termo dimensão ao termo geração. Adota-se tal posicionamento porque, filosoficamente, o termo "dimensão" por expressar a direção, plano ou grau no qual se possa efetuar

uma investigação é o mais apropriado para identificar os inúmeros momentos em que surgiram os direitos fundamentais.

4.1.3. Delimitação terminológica sobre os direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo e de garantia do indivíduo:

O simples perpassar de olhos sobre a doutrina jurídica e sobre os documentos normativos nacionais e internacionais faz emergir a diversidade sem fim de conceitos e definições pelas quais se procuraram identificar, indistinta e promiscuamente, os direitos de proteção e de garantia dos indivíduos contra as arbitrariedades do Estado²⁰⁵. Surgem os mesmos direitos sob a alcunha de direitos fundamentais, direitos naturais, direitos do homem, direitos sociais, garantias, liberdades públicas, direitos humanos, direitos subjetivos públicos e etc., isto se comprova na própria Constituição Federal de 1998, visto que esta emprega as expressões: direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º),

²⁰⁵ Neste sentido ver: ALBERTO NOGUEIRA, *Direito constitucional das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 07; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de direito constitucional*, 2002, p. 257-9; *Curso de direito constitucional*, 2001, p. 173; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 175; RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. III, p. 09-11; INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 31; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*, p. 14-5.

direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

Em razão disto, este estudo visará, conforme Tavares²⁰⁶, uma abordagem mais técnica. Procurar-se-á, assim, identificar, pela confrontação dos conteúdos semânticos dos termos empregados pela doutrina e pelos instrumentos normativos, qual a melhor definição terminológica para expressar os direitos de proteção e de garantia dos indivíduos frente à comunidade.

Todavia, ressalva-se, desde já, que pela enormidade de definições e de posições não se esgotará o assunto neste tópico e nem mesmo se analisará a totalidade da doutrina jurídica a respeito do assunto porque só a análise da identificação terminológica de tais direitos por parte da doutrina já daria ensejo a uma outra dissertação.

Assim, transpostas essas primeiras observações, dar-se-á início à delimitação retro proposta.

Entretanto, entende-se que, por primeiro e de forma obrigatória, deve-se fixar o objeto a ser analisado para que se possa em seguida, pela distinção entre os termos propostos pelos operadores do direito, fixar qual a melhor expressão para designá-lo.

²⁰⁶ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 350.

Ressalva-se, contudo, desde já, que se coaduna com Branco²⁰⁷ de que a identificação de tais direitos é dificultada tanto pelo avolumado catálogo de direitos quanto pela falta de homogeneidade e de estrutura normativa não coincidente destes, o que impossibilita que sejam agrupados em um rol material amplo e vantajoso que alcance a todos eles.

Destarte, tal delimitação analisará os direitos que, através de sua formação histórica, consubstanciaram-se, nos termos de Ferreira Filho²⁰⁸, na própria razão de ser do direito constitucional porque incorporados às Constituições procuraram definir as esferas de competência de poder do Estado pela demarcação de áreas de proteção de interesses do indivíduo contra as arbitrariedades do poder comunal²⁰⁹ (garantias de liberdade individual), pela tipificação de direitos individuais, coletivos e difusos a serem cumpridos pelo Estado, pela fixação de instrumentos de proteção da raça humana e pela institucionalização de garantias que possibilitasse a efetivação destas aéreas, direitos e instrumentos²¹⁰. Ou, nos termos de Araujo e Nunes Júnior²¹¹, serão objetos neste estudo os direitos constitucionais que,

²⁰⁷ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais, p. 114-5.

²⁰⁸ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988, p. 01.

²⁰⁹ Ferrajoli adverte quanto à ampliação do espectro de proteção dos direitos fundamentais que "los derechos fundamentales son un limite no solo a los poderes públicos sino también a la autonomía de sus titulares" (LUIGI FERRAJOLI, Los fundamentos de los derechos fundamentales, p. 32-3).

²¹⁰ Neste sentido ver: J. J. GOMES CANOTILHO, direito constitucional e teoria da constituição, p. 383; CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2001, p. 174.

²¹¹ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR, Curso de direito constitucional, p. 81-2.

possuindo peculiaridades individualizadoras e características comuns entre si, são instituídos com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as suas dimensões. Ademais, enquadram-se também neste estudo todos e quaisquer direitos que, de acordo com Miranda²¹², venham a constituir "a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa".

Vencida a delimitação do objeto de estudo, passar-se-á à confrontação dos conceitos fixados pela doutrina para designar tais direitos.

Weis²¹³, Amaral Júnior²¹⁴, Torres²¹⁵, Pinto Ferreira²¹⁶ e Truyol y Serra²¹⁷ identificam os direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo pela alcunha de *direitos humanos* ou de *direitos do homem*, apesar de reconhecer que tais expressões possam parecer redundantes - na medida em que não existem direitos que não tenham por seu titular o ser humano, na sua expressão individual ou coletiva - porque entende que em tais expressões, e em especial a expressão *direitos humanos*, o adjetivo *humanos* empregue para identificar tais direitos vi-

²¹² JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 07-10.

²¹³ CARLOS WEIS, Direitos humanos contemporâneos, p. 20.

²¹⁴ ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR, A institucionalização internacional dos direitos humanos: conquistas e desafios, p. 639.

²¹⁵ RICARDO LOBO TORRES, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. III, p. 09-11.

²¹⁶ PINTO FERREIRA, Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 148 e ss.

²¹⁷ ANTONIO TRUYOL Y SERRA, Los derechos humanos, p. 21-2.

sa, sobretudo, identificar não a titularidade dos direitos, mas sim o seu caráter fundamental para a vida digna dos indivíduos, por visarem a proteção de valores e de bens essenciais para que cada ser humano possa desenvolver suas capacidades potenciais.

Ademais, outro argumento utilizado, sobretudo por Weis²¹⁸, para identificar os direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo com a expressão direitos humanos é a afirmação de que esta apresenta a mesma noção da expressão *direitos fundamentais*. Daí porque, segundo Weis, "a doutrina constitucional entende as normas de direitos humanos como materialmente constitucionais"²¹⁹.

Cabe mencionar, que, segundo Amaral Júnior²²⁰, a expressão direitos humanos pode ser utilizada para identificar os direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo, desde que o termo direito da expressão seja usado em seu sentido forte, isto é, para designar a proteção efetiva de determinados bens, os quais poderão ser reivindicados perante os tribunais para reparar os abusos e punir os respectivos culpados. Em

²¹⁸ CARLOS WEIS, *Direitos humanos contemporâneos*, p. 20.

²¹⁹ CARLOS WEIS, *Direitos humanos contemporâneos*, p. 27.

²²⁰ ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR, *A institucionalização internacional dos direitos humanos: conquistas e desafios*, p. 639.

sentido similar, Torres²²¹ firma posição de que a expressão direitos humanos pode ser empregue desde que se lhe "não dilargue a compreensão para abranger também os direitos econômicos e sociais"²²².

Apesar de tais argumentos, prefere-se neste trabalho, firmar posição junto com Araujo e Nunes Júnior²²³, Tavares²²⁴, Sarlet²²⁵, Bobbio²²⁶, Paulo Ferreira da Cunha²²⁷ e, dentre outros²²⁸, com José Afonso da Silva²²⁹, de que tanto a expressão *direitos humanos* como a expressão *direitos do homem* são inapropriadas para designar os direitos de proteção do indivíduo, ora porque possuem conteúdo muito genérico; ora porque possibilitam o entendimento falso de que podem existir direitos que não são humanos (entendimento esse ressaltado pela própria doutrina que utiliza aquelas expressões); ora porque tais expressões possuem uma carga jusnaturalista e histórica demasiada forte, capaz de abstrair

²²¹ RICARDO LOBO TORRES, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. III, p. 09-11.

²²² RICARDO LOBO TORRES, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. III, p. 09-11.

²²³ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Curso de direito constitucional, p. 79.

²²⁴ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 351.

²²⁵ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, 33-4; Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, p. 10; Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira, in Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos – coord. Daniela Annoni. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 225-6.

²²⁶ NOBERTO BOBBIO, A era dos direitos, p. 18-9.

²²⁷ PAULO FERREIRA DA CUNHA, Teoria da Constituição: direitos humanos direitos fundamentais. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, vol. 360, mar./abr., 2002, p. 42.

²²⁸ Neste sentido ver: EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 71; ROGÉRIO ZEIDAN, *Ius puniendi*, Estado e direitos fundamentais: aspectos da legitimidade e limites da potestade punitiva, p. 24; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, p. 125; MARIA DO CARMO PUCCINI CAMINHA, Os direitos humanos, os direitos fundamentais e a Constituição brasileira, p. 71-2; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística, p. 14; LUIGI FERRAJOLI, Los fundamentos de los derechos fundamentales, p. 158.

²²⁹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 176.

o caráter positivo de tais direitos²³⁰; ora porque não possibilitariam a inclusão em seu conteúdo dos direitos de prestação estatal - direitos econômicos e sociais; ora porque os seus termos avaliativos são interpretados de modo diverso e em conformidade com a ideologia assumida pelo intérprete; ora porque podem gerar, segundo Tavares²³¹, enormes ambigüidades e contradições na "determinação do conteúdo que se aloja em cada um desses designativos".

Apesar deste posicionamento, é necessário ressaltar - conforme o fazem Robert e Maciel²³², Araujo e Nunes Júnior²³³, José Afonso da Silva²³⁴, Miranda²³⁵, Branco²³⁶, Farias²³⁷, Sarlet²³⁸ e, também, Tavares²³⁹ - que há uma primazia nos documentos internacionais pelas expressões direitos humanos ou direitos do homem para expressarem os direitos inerentes ao indivíduo. Cabe sublinhar, que, de acordo com Miranda²⁴⁰, tais documentos utilizam sem demérito tais expressões porque possuem uma primazia imediata dos imperativos da consciência ética e porque visam facilitar o entendimento que os direitos neles previstos são dos indivíduos

²³⁰ Constata-se tal argumento pela colocação de Torres de que os direitos humanos "são direitos preexistentes à ordem positiva" (RICARDO LOBO TORRES, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. III, p. 13-4).

²³¹ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 351.

²³² CINTHIA ROBERT e DANIELLE MARCIAL, Direitos humanos: teoria e prática. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 03.

²³³ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR, Curso de direito constitucional, p. 80.

²³⁴ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 176.

²³⁵ JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 51.

²³⁶ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais, p. 125.

²³⁷ EDÍLSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 72.

²³⁸ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 33-4.

²³⁹ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 351.

²⁴⁰ JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 51.

e não dos Estados ou das organizações internacionais. É neste sentido que Canotilho²⁴¹ e Branco²⁴² afirmam que as expressões direitos humanos ou direitos do homem devem se referir somente aos direitos dos homens válidos a todos os povos e em todos os tempos, independentemente de sua positividade, por existirem em razão da própria natureza humana. Logo, segundo os mencionados autores, tais expressões não podem ser utilizadas para designar os direitos dos homens consagrados numa dada ordem jurídica ou, na melhor expressão de Canotilho²⁴³, os direitos dos indivíduos "jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente" por uma constituição.

Não obstante, afasta-se, também a utilização das expressões direitos do homem e direitos humanos para designar, em direito constitucional, os direitos de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo porque entende-se, em sintonia com Miranda²⁴⁴, que os direitos previstos em dada ordem constitucional referem-se aos direitos positivados e não aos direitos derivados da natureza do homem que subsistem independente da negação ou da não previsão legal, porque tais direitos de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo não podem ser correlacionados com outras figuras subjetivas e objetivas que "não

²⁴¹ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 353-70.

²⁴² PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 125.

²⁴³ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 353-70.

²⁴⁴ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV.

podem ser desprendidos da organização económica, social e cultural e da organização política"²⁴⁵ e porque tais direitos não se reduzem, principalmente a partir das constituições do século XX, a direitos impostos pelo direito natural - visto que, existem direitos "pura e simplesmente criados pelo legislador positivo, de harmonia com as suas legítimas opções e com os condicionalismos do respectivo país" ²⁴⁶.

Contudo, a não aceitação da utilização das expressões direitos humanos e direitos do homem para expressar aquele conjunto de direitos de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo não é suficientemente forte para afastar o posicionamento de Branco²⁴⁷, Teixeira²⁴⁸, Sarlet²⁴⁹ e de Zeidan²⁵⁰, ou seja, de que as expressões direitos do homem/humanos e direitos constitucionais de proteção e efetivação das áreas de interesse do indivíduo não estão em áreas estanques, incomunicáveis entre si. Não se pode afastar, assim, que tais expressões interagem reciprocamente entre si, na medida em que os direitos humanos internacionais encontram, em muitos momentos, matriz nos direitos de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem os direitos humanos proclamados nos tratados e

²⁴⁵ JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 50-1.

²⁴⁶ JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 50-1, p. 50-1.

²⁴⁷ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais, p. 125-6.

²⁴⁸ SÔNIA TEIXEIRA, A proteção dos direitos fundamentais na revisão do Tratado da União Europeia, p. 53-4.

²⁴⁹ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 36-7.

²⁵⁰ ROGÉRIO ZEIDAN, Iuss puniendi, Estado e direitos fundamentais: aspectos da legitimidade e limites da potestade punitiva, p. 24.

diplomas legais internacionais. Entretanto, conforme já afirmado alhures, a existência de direitos de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo previstos em instrumentos internacionais e não positivados em Constituições não possibilita, por si só, a equiparação do uso daquela expressão identificadora para representar os mesmos direitos de proteção e de efetivação dos interesses dos indivíduos consagrados em Cartas constitucionais, porque tais direitos encontram-se positivados em Constituições, ao contrário daqueles.

Da mesma forma que não se podem afastar como incorretos, a título de elucubrações filosóficas, os pronunciamentos de: Nogueira²⁵¹ de que, em razão da necessidade imposta para disciplinar o Direito no espaço do mundo globalizado, a tríade liberdades públicas, direitos fundamentais e direitos do homem "tendem a se fundir, no entroncamento da estrada da evolução do Direito, na grande e superior via de todas as vias, dos Direitos Humanos, para a qual confluem"²⁵², e; de Paulo Ferreira da Cunha²⁵³ de que as expressões direitos humanos ou direitos do ser humano triunfarão sobre a expressão direitos fundamentais, em razão "da grande audiência mediática" que possuem, como já o fizeram com a expressão Direitos do Homem.

²⁵¹ ALBERTO NOGUEIRA, Direito constitucional das liberdades públicas, p. 249-81.

²⁵² ALBERTO NOGUEIRA, Direito constitucional das liberdades públicas, p. 249-81.

²⁵³ PAULO FERREIRA DA CUNHA, Teoria da Constituição: direito humanos direitos fundamentais, p. 41.

Utiliza-se, também, pela doutrina (Torres²⁵⁴) para identificar o conjunto de direitos de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo a expressão direitos naturais.

Porém, de acordo com José Afonso da Silva²⁵⁵, esta expressão não é mais aceita com tanta facilidade para designar aquele conjunto de direitos constitucionais, porque afirmar que tais direitos são inerentes à natureza do homem ou que são inatos ao homem pela simples condição destes serem homens desconsidera a verdadeira origem destes, na medida que tais direitos são direitos positivos apesar de encontrarem "fundamento e conteúdo nas relações sociais materiais em cada momento histórico"²⁵⁶.

Além do mais, concorda-se com Miranda²⁵⁷, de que da mesma forma como as expressões direitos do homem e direitos humanos, a expressão direitos naturais projeta em demasia um caráter não positivo aos direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo, o que por si só já inviabiliza a sua utilização para designar tais direitos.

²⁵⁴ Afirma Torres que "os direitos naturais são sinônimos dos direitos humanos, ou direitos fundamentais, ou direitos individuais, ou direitos civis, ou liberdades públicas. A doutrina moderna a mais influente assim os compreende" (RICARDO LOBO TORRES, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. III, p. 09-11).

²⁵⁵ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 176.

²⁵⁶ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 176.

²⁵⁷ JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 52.

Bem como, afasta-se a expressão direitos naturais para identificar os direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo porque, também se concorda com Tavares²⁵⁸, de que a referida expressão não goza de um sentido apropriado, visto que a própria idéia de direito implica sua positivação, não se admitindo direitos que se sustentem por si só, independentemente de qualquer ordem positiva - admite-se, por outro lado, que tais direitos tenham sim seu fundamento na natureza humana, mais precisamente na natureza da dignidade humana. Bem como, porque se entende, também, que a utilização da expressão direitos naturais não faz a devida correspondência com os direitos positivados a fim de protegerem e efetivarem as áreas de interesse do indivíduo, visto que tais direitos, conforme visto alhures, variaram no tempo e no espaço, o que por si só afasta o sentido de direitos naturais à natureza humana - porque esta é imutável no tempo e no espaço; além do que, a expressão direitos naturais também não comportaria a existência de direitos utilizáveis somente por alguns indivíduos²⁵⁹ - ver o caso da ação popular.

Ademais, identificar os direitos humanos com os direitos naturais não é de todo correto, porque, conforme evidencia Bobbio²⁶⁰ e Sarlet²⁶¹, a positivação dos direitos

²⁵⁸ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 348 e 356.

²⁵⁹ Neste sentido ver: INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 33-4.

²⁶⁰ NOBERTO BOBBIO, A era dos direitos, p. 19-20.

²⁶¹ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 33-4.

humanos em normas de direito internacional fizeram com que aqueles se desprendessem da idéia de um direito natural, apesar de não se esquecer que estes advêm, em sua vertente histórica, de uma séria de direitos naturais.

Nogueira²⁶², Queiroz²⁶³, Jabur²⁶⁴ admitem como forma de identificar os direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo as expressões liberdades fundamentais, liberdades individuais e liberdades públicas.

De pronto afasta-se a utilização das expressões liberdades fundamentais e liberdades públicas para designar os direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo porque se concorda com Araujo e Nunes Júnior²⁶⁵ e com José Afonso da Silva²⁶⁶ de que tais expressões são limitativas e insuficientes e pobres de conteúdo por não englobarem todos os sentidos que estão abrangidos dentro daqueles, como, por exemplo, os denominados direitos sociais²⁶⁷.

Ademais, afasta-se ainda a utilização daquelas expressões para designar aqueles direitos porque se admite,

²⁶² ALBERTO NOGUEIRA, Direito constitucional das liberdades públicas, p. 373.

²⁶³ CRISTINA M. M. QUEIROZ, Direitos fundamentais (teoria geral), p. 13.

²⁶⁴ GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade, p. 76-7.

²⁶⁵ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JR, Curso de direito constitucional, p. 79-80.

²⁶⁶ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional, p. 177-8.

²⁶⁷ Neste sentido ver: VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística, p. 14; LUIGI FERRAJOLI, Los fundamentos de los derechos fundamentales, p. 158.

conforme Tavares²⁶⁸, que tais expressões guardam em si uma inadequação terminológica patente por darem azo ao entendimento errôneo de que tais direitos seriam liberdades públicas contrapostas a liberdades privadas; por não possibilitarem o entendimento da inclusão do poder de exigir ao lado do poder de agir - na medida em que este é extraído, facilmente, do sentido gramatical termo liberdade, e; por obrigar a distinção das expressões liberdades públicas positivas ou em sentido amplo (como sendo aquelas que conferem direitos e prestações por parte do Estado) e liberdades públicas negativas ou em sentido estrito (como sendo aquelas que impõem um dever de abstenção por parte do Estado).

Posiciona-se dessa forma - apesar do posicionamento firmado por Sá²⁶⁹ de que se deve compreender a expressão liberdade pública como não só o conjunto daquelas liberdades oponíveis ao Estado, mas sim como o conjunto de todas as liberdades porque a obrigação de respeitá-las é imposta pelo Estado e pressupõe a intervenção deste para sua conservação, ou seja, como o conjunto das

[...] faculdades de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares escolhem modos de agir, dentro de limites traçados previamente pelo poder público²⁷⁰;

²⁶⁸ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 354-5.

²⁶⁹ JOSÉ ANSELMO CÍCERO DE SÁ, Liberdades públicas.

²⁷⁰ JOSÉ ANSELMO CÍCERO DE SÁ, Liberdades públicas, p. 15.

bem como, também, apesar do argumento de que se deve admitir que o que torna pública uma liberdade "é a intervenção do Poder, através da consagração do direito positivo"²⁷¹ - porque, partindo do pressuposto de que sendo a liberdade a qualidade daquilo que não está sujeito a constrangimentos (isto é, qualidade daquilo que não está sujeito a ser exercido contra a sua vontade) entende-se que o conceito de liberdades públicas não podem ser empregue para abarcar também as ditas faculdades privadas, na medida em que o exercício de uma liberdade por parte de um particular pode constranger outro particular a fazer ou permitir que se faça algo contra a sua vontade, em razão do ordenamento jurídico; por exemplo, o exercício da liberdade de locomoção por parte de um indivíduo pode impedir que um particular se oponha a locomoção deste dentro de sua propriedade, quando aquele não possuir outro modo para o exercício daquela sua liberdade (ver casos de servidões prediais).

Ademais - em concordância com Bastos²⁷² e com Garcia²⁷³ - também se afasta a utilização da expressão liberdades públicas para identificar o rol dos direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo porque se entende que as liberdades públicas, num dado momento, referem-se somente a uma inibição do poder estatal, ou, se preferir, a uma prestação negativa

²⁷¹ JOSÉ ANSELMO CÍCERO DE SÁ, *Liberdades públicas*, p. 07.

²⁷² CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de direito constitucional*, 2002, p. 263.

²⁷³ MARIA GARCIA, *Desobediência civil: direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 186.

(abstenção por parte do Estado de praticar um dado ato), não fazendo menção ao caráter positivo daquelas liberdades, visto que ao Estado compete, hodiernamente, ao lado do dever de abstenção, o dever de prestação.

Por fim, afasta-se o emprego da expressão liberdades individuais para identificar o conjunto dos direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo porque liberdade individual é mera faculdade resultante destes direitos²⁷⁴.

Logo tais expressões se mostram inadequadas para identificar aqueles direitos.

Empregam-se, também, por parte da doutrina as expressões direitos subjetivos ou direitos subjetivos públicos para designar os direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo.

Afastam-se também tais expressões, em simetria com os ensinamentos de Tavares²⁷⁵, de Zeidan²⁷⁶ e de José Afonso da Silva²⁷⁷, porque se compreende que as referidas expressões são inapropriadas para designar os direitos constitucionais

²⁷⁴ Neste sentido ver: ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA, Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil, p. 244.

²⁷⁵ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 356.

²⁷⁶ ROGÉRIO ZEIDAN, *Ius puniendi*, Estado e direitos fundamentais: aspectos da legitimidade e limites da potestade punitiva, p. 24.

²⁷⁷ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 176-7.

de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo por tais expressões pecarem por imprecisão, visto que, somente seria possível a utilização de tais expressões se estas designassem somente os direitos relacionados com os atributos da personalidade e com a liberdade de autodeterminação dos indivíduos; porque se forem utilizadas tais expressões no seu sentido estritamente jurídico possibilitaria o entendimento falho de que poderiam tais direitos de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo, enquanto direitos subjetivos, desaparecer do rol de direitos do indivíduo pela mera transferência ou prescrição destes, isto é, os direitos de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo que são, por sua própria natureza, imprescritíveis e inalienáveis poderiam ser tidos, enquanto direitos subjetivos, como prescritíveis e alienáveis, o que descaracterizaria profundamente a natureza daqueles.

Não obstante, ainda se admite como certo para afastar o uso daquelas expressões a opinião de Miranda²⁷⁸ de que tais expressões reportam "a uma visão positivista e estatista que os amarra e condiciona", o que ampliaria o espectro dos elementos a serem contidos naquele, de forma a incluir, ao lado dos direitos de proteção e de efetivação das áreas de interesse dos indivíduos frente ao Estado, outras situações que não estas, como, por exemplo: o enqua-

²⁷⁸ JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV.

dramamento de situações funcionais inerentes à titularidade de cargos públicos; situações de direito administrativo, tributário e processual; direitos de entidades públicas, "enquanto sujeitos de relações jurídico-administrativas, de relações jurídico-financeiras ou de outras relações de Direito público interno".

Deve-se mencionar que ao lado de todas essas expressões, parte da doutrina ainda encontra outras expressões para identificar os direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo, como, por exemplo, a expressão direitos individuais.

Da mesma forma como as anteriores, apesar de não se entender como totalmente inadequada, também se afasta o emprego desta expressão para designar aqueles direitos porque, em se considerando o posicionamento de José Afonso da Silva²⁷⁹ e de Torres²⁸⁰, deve-se desprezar aquela para designar a totalidade destes direitos porque esta expressão faz alusão somente aos direitos do indivíduo de forma isolada, não denotando, assim, a inclusão dos direitos civis e das liberdades civis no grupo dos direitos de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo; além do que, a própria Constituição utiliza tal expressão para designar parte dos direitos fundamentais, mais precisamente aqueles

²⁷⁹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional, p. 176.

²⁸⁰ RICARDO LOBO TORRES, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. III, p. 09-11.

concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Por tudo isso se compreende como mais correta para identificar os direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo a expressão direitos fundamentais.

Ademais - conjuntamente com Corrêa²⁸¹, Paulo Ferreira da Cunha²⁸², Sarlet²⁸³, Miranda²⁸⁴, Ferrajoli²⁸⁵ e com Araujo e Nunes Júnior²⁸⁶²⁸⁷ - entende-se que a expressão direitos fundamentais é a mais precisa (porque possibilita a erradicação das polêmicas meramente verbais) para designar os direitos constitucionais de proteção, de efetivação e de garantia das áreas de interesse do indivíduo porque, além de ser a expressão mais utilizada pelo nosso ordenamento jurídico positivo e ser a referida em nossa Constituição quando da epígrafe do Título onde se encontram dispostos a maioria dos direitos fundamentais, é a que abrange tanto "a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social, po-

²⁸¹ LUCIANE AMARAL CORRÊA, O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução, in A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado – org. Ingo Wolfgnag Sarlet. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000, p. 166.

²⁸² PAULO FERREIRA DA CUNHA, Teoria da Constituição: direitos humanos direitos fundamentais, p. 38.

²⁸³ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 31-3; Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, p.10.

²⁸⁴ JORGE MIRANDA, Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa, p. 05.

²⁸⁵ LUIGI FERRAJOLI, Los fundamentos de los derechos fundamentales, p. 158.

²⁸⁶ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Curso de direito constitucional, p. 80.

²⁸⁷ Neste sentido ver: VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística, p. 15.

lítico ou difuso protegidos pela Constituição”²⁸⁸, bem como é a que delimita a imprescritibilidade de tais direitos à condição humana.

Além do que, concorda-se com Paulo Ferreira da Cunha²⁸⁹ e com Miranda²⁹⁰ de que, em *latíssimo sensu*, a expressão direitos fundamentais é a que comporta não só os direitos constitucionais internos, mas ainda os direitos internacionais e os que todos os homens comunguem (direitos naturais), porque, em razão do § 2º do art. 5º da atual Constituição, admitem-se como direitos fundamentais os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição²⁹¹ e os previstos em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; ressalte-se, porém, que apesar do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal²⁹² de que os direitos advindos dos tratados firmados pela República Federativa do Brasil entram em nosso sistema jurídico como norma infraconstitucional, não se pode desconsiderar o conteúdo material fundamental²⁹³ daque-

²⁸⁸ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Curso de direito constitucional, p. 80.

²⁸⁹ PAULO FERREIRA DA CUNHA, Teoria da Constituição: direitos humanos direitos fundamentais, p. 39.

²⁹⁰ JORGE MIRANDA, Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa, p. 05.

²⁹¹ Lembra Ferreira Filho quanto ao texto do § 2º do art. 5º da Constituição Federal que é claro e pacífico que o legislador constituinte previu a possibilidade de existência de direitos fundamentais não expressos e decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, apesar de não deixar claro e nem pacífico os meios de “identificar a que traços se há de reconhecer um (novo) direito como fundamental” (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988, p. 02).

²⁹² Ver: Supremo Tribunal Federal – Adin nº. 1.480-3/DF – Medida liminar, Diário de Justiça, Seção I, decisão: 17-7-1996 – despacho do Min. Celso de Mello.

²⁹³ Ressalta Miranda que “não podem, contudo, considerar-se direitos fundamentais, obviamente, todos e quaisquer direitos, individuais e institucionais, vindos das leis ou das fontes internacionais. Só alguns desses direitos recaem neste âmbito, só aqueles que, pela sua finalidade e função ou pela sua projeção ou pelo modo de consagração, ofereçam analogia com os que são constitucionalmente estabelecidos” (JORGE MIRANDA, Direitos

les²⁹⁴; porém, quando se utiliza a expressão direitos fundamentais para identificar tão somente os direitos formalmente constitucionais que visam proteger e efetivar as áreas de interesse do indivíduo, deve-se contrapor tal expressão à inclusão dos direitos internacionais advindos dos tratados, bem como a dos direitos naturais.

Ademais, não se pode, também, objetar completamente a posição de Tavares²⁹⁵ e de José Afonso da Silva²⁹⁶ de adjetivarem ou de especificarem a expressão direitos fundamentais - utilizam os autores a expressão direitos fundamentais do homem. Bem como também não se pode desprestigiar a posição de parte da doutrina, ventilada por de Sarlet²⁹⁷ e por Martins Filho²⁹⁸, de identificar aqueles direitos como direitos humanos fundamentais²⁹⁹. Porém dá-se preferência pela utilização da expressão sem os adjetivos *do homem* e *humanos*.

fundamentais na ordem constitucional portuguesa. Revista de Direito Público. São Paulo: RT, ano XX, n. 82, abr./jun., 1987, p. 09).

²⁹⁴ Neste sentido, afirma Schmitt que "no todo derecho fundamental se encuentra garantido en las Constituciones del Estado de Derecho por una regulación constitucional" (CARL SCHMITT, Teoría de la Constitución, p. 169).

²⁹⁵ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 357.

²⁹⁶ José Afonso da Silva esclarece quanto à adjetivação dada à expressão direitos fundamentais que aquela adjetivada possui o mesmo sentido da expressão direitos fundamentais. E que "a expressão direitos fundamentais do homem (...) não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem" (JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional, p. 178).

²⁹⁷ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 35; Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, p. 10.

²⁹⁸ IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, Os direitos fundamentais e os direitos sociais na constituição de 1988 e sua defesa. Revista Jurídica Virtual. Brasília, n. 04, ago. 1999, p. 01.

²⁹⁹ Adverte Sarlet que tal expressão é utilizada pela doutrina com "a nítida vantagem de ressaltar, relativamente aos direitos humanos de matriz internacional, que também estes dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais de todos os seres humanos, destacando, neste sentido, a fundamentalidade em sentido material, que – diversamente da fundamentalidade formal – é comum aos direitos humanos e aos direitos fundamentais constitucionais" (INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 35).

Contudo, deve-se afastar o posicionamento da doutrina (Torres³⁰⁰) que afasta do conceito de direitos fundamentais os direitos econômicos e sociais, por entender-se que tais direitos, mesmo carecendo de uma implementação por parte do Estado, são, sim, direitos constitucionais de proteção e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo, na medida em que garantem o mínimo existencial necessário para que os indivíduos gozem uma vida digna frente aos abusos de poder do Estado e da própria sociedade.

Não obstante ao entendimento adotado, é necessário ter em mente - conforme posicionamento de Ferreira Filho³⁰¹ e de Miranda³⁰² - que nem todos os direitos enunciados na Constituição gozam de fundamentalidade³⁰³ para serem rotulados de direitos fundamentais e que os direitos fundamentais enquanto "direitos ou posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas"³⁰⁴ podem estar tanto previstas na Constituição formal quanto na Constituição material, porque os direitos fundamentais não são somente aqueles direitos do indivíduo previstos e definidos num texto constitucional de um dado Estado, mas também todos aqueles enunciados em normas mate-

³⁰⁰ RICARDO LOBO TORRES, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. III, p. 68.

³⁰¹ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988, p. 04-06.

³⁰² JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 07-10.

³⁰³ Aqui entendida fundamentalidade no sentido de Paulo Ferreira da Cunha, ou seja, como a "ideia de essencialidade, magna importância, ou carácter estruturante", ou melhor, fundamental é tudo aquilo que evoca a imagem de esteio, estrutura, alicerce, fundação ou fundamento (PAULO FERREIRA DA CUNHA, Res Publica: ensaios constitucionais, p. 27).

³⁰⁴ JORGE MIRANDA, Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 07-10.

riamente constitucionais. Ou seja, deve-se entender, conforme Corrêa³⁰⁵, que a expressão direitos fundamentais faz referência a todos os "direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado" e não somente aos previstos e intitulados como tais numa dada Constituição.

4.1.4. A questão das garantias e dos direitos fundamentais:

Apesar de Araujo e Nunes Júnior³⁰⁶, Sá³⁰⁷, Branco³⁰⁸, Bastos³⁰⁹, Bonavides³¹⁰ e José Afonso da Silva³¹¹ afirmarem que é árdua a tarefa de diferenciar as garantias e os direitos fundamentais porque ambos não apresentam diferenças nítidas e porque as garantias são direitos e estes são garantias constitucionais, não se encontra na doutrina grandes divergências quanto ao entendimento do que sejam direitos fundamentais e garantias.

³⁰⁵ LUCIANE AMARAL CORRÊA, O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução, p. 166.

³⁰⁶ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Curso de direito constitucional, p. 80-1.

³⁰⁷ JOSÉ ANSELMO CÍCERO DE SÁ, Liberdades públicas, p. 85.

³⁰⁸ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, p. 158.

³⁰⁹ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002, p. 273-4.

³¹⁰ PAULO BONAVIDES, Curso de direito constitucional, p. 481-2.

³¹¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 185.

Sá³¹² afirma que enquanto os direitos fundamentais asseguram bens da vida (por exemplo, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade, etc.), ou seja, algo valioso em si mesmo, as garantias individuais cingem-se à proteção jurídica daqueles. Ou seja, as garantias "são os instrumentos práticos ou os expedientes que asseguram"³¹³ os principais direitos do homem consagrados nas Constituições. Adverte ainda Sá³¹⁴ que as garantias traduzem quer o direito que os cidadãos têm de exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer o reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.

No mesmo sentido proposto por Sá³¹⁵, Branco³¹⁶ e Bastos³¹⁷ também entendem por garantias as normas que protegem os bens da vida, limitando, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder por meio da possibilidade dos indivíduos exigirem dos poderes públicos o respeito aos direitos instrumentalizados. Entretanto, por outro lado, Branco³¹⁸ acredita que as garantias fundamentais se apartam da idéia de garantias institucionais, e; que estas seriam as normas que visam proteger e preservar o núcleo essencial dos bens jurídicos fundamentais (instituições e institutos de elevada importância para a ordem jurídica, como, por exemplo, a fa-

³¹² JOSÉ ANSELMO CÍCERO DE SÁ, *Liberdades públicas*, p. 90.

³¹³ JOSÉ ANSELMO CÍCERO DE SÁ, *Liberdades públicas*, p. 85.

³¹⁴ JOSÉ ANSELMO CÍCERO DE SÁ, *Liberdades públicas*, p. 85.

³¹⁵ JOSÉ ANSELMO CÍCERO DE SÁ, *Liberdades públicas*.

³¹⁶ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 158.

³¹⁷ CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de direito constitucional*, 2002, p. 273-4.

³¹⁸ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 158.

mília) das ações do legislador. Logo, segundo Branco³¹⁹, existiriam duas espécies de garantias, as fundamentais, que outorgam direitos subjetivos aos indivíduos, e as institucionais, que não outorgam tais direitos porque visam preservar os direitos subjetivos que lhes dão sentido.

Ferreira Filho³²⁰ também se filia a idéia de que as garantias são as prescrições que visam vedar a violação a certos direitos por meio de determinadas ações do Poder Público. Porém ressalta o referido autor que não se devem confundir garantias com remédios constitucionais, isto é, com medidas ou processos especiais postos pela Constituição para a defesa de direitos violados, apesar de estas virem a se configurar como garantias; os remédios constitucionais visam corrigir direitos violados, enquanto as garantias visam a proteção dos direitos por meio da prevenção. Destarte, Ferreira Filho³²¹ admite que nas garantias estejam contidas as garantias limites (enquanto limites postos ao poder a fim de manter intactos determinados direitos especiais - como, por exemplo, a proibição da censura, para proteger a liberdade de expressão) e; as garantias instrumentais (estas compreendidas como os meios aptos a defender direitos específicos e de provocar a atuação do sistema de proteção institucionalizado).

³¹⁹ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 160.

³²⁰ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*, p. 287-8.

³²¹ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direitos humanos fundamentais*, p. 32-3.

Araujo e Nunes Júnior³²² afirmam que se distinguem os direitos das garantias porque aqueles teriam um caráter declaratório ou enunciativo, enquanto que as garantias teriam um caráter instrumental. As garantias seriam, portanto, os meios voltados para a obtenção ou reparação dos direitos violados. Ademais, preceituam também Araujo e Nunes Júnior³²³ que as garantias não podem ser confundidas com os remédios constitucionais, apesar de haver entre tais expressões uma relação de continência - as garantias compreendem os remédios constitucionais e as demais disposições que assecuratórias previstas na Constituição.

Segundo Bonavides³²⁴, entende-se por garantia o meio de defesa dos direitos que possibilita que estes se façam reais e efetivos, ou seja, as garantias constitucionais são as mais altas garantias de um sistema normativo pelas quais os direitos contidos nas Constituições não caem no vazio das esferas abstratas, não perdem o fio institucional de contato com a realidade concreta e que propiciam em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas. Destarte, enfatiza Bonavides³²⁵ que as garantias constitucionais podem ser tanto as garantias da própria Constituição (acepção lata) quanto direitos subjetivos expressos

³²² LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Curso de direito constitucional, p. 80-1.

³²³ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Curso de direito constitucional, p. 80-1.

³²⁴ PAULO BONAVIDES, Curso de direito constitucional, p. 481-8.

³²⁵ PAULO BONAVIDES, Curso de direito constitucional, p. 488-9.

ou outorgados pela Carta constitucional (acepção estrita) e que, no primeiro caso visam manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes; enquanto que no segundo caso procuram, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes previstos constitucionalmente, estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais. Deve-se, ainda, fazer menção a ressalva posta por Bonavides³²⁶ de que tais garantias já não são mais postas somente contra o Estado, mas sim no Estado, o que faz com que se passe a entender as garantias constitucionais como

[...] a garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado,

e que somente neste sentido

[...] é possível falar ainda em garantia constitucional, sem ficarmos preso à estreiteza e à unilateralidade clássica de sua acepção, dantes restrita tão-somente à proteção de liberdades e direitos individuais³²⁷.

Garcia³²⁸ entende que as garantias fundamentais seriam as medidas ou os recursos judiciais, "caracterizados por acentuada celeridade e informalidade processuais, des-

³²⁶ PAULO BONAVIDES, Curso de direito constitucional, p. 481-8.

³²⁷ PAULO BONAVIDES, Curso de direito constitucional, p. 493.

³²⁸ MARIA GARCIA, Desobediência civil: direito fundamental, p. 197.

tinados à proteção dos direitos fundamentais". Por outro lado, salienta Garcia³²⁹ que existem garantias gerais da liberdade (expressas pela rigidez constitucional, pela organização democrática do Estado, pela separação de poderes, pela descentralização política, pelas garantias do Poder Judiciário, pelo controle judicial da constitucionalidade das leis, pela exigência de que as limitações aos direitos fundamentais civis e políticos se efetuem sempre por meio de lei) e garantias específicas da liberdade (estas compreendidas pelos remédios, técnicas processuais específicas e formas de ação criadas pelo processo civil ou criminal que visem a defesa dos direitos fundamentais). Por fim, afirma que Garcia³³⁰ que as garantias constitucionais são caracterizadas por imposições positivas ou negativas que limitam a conduta dos órgãos do Poder Público para assegurar a observância ou reintegração dos direitos fundamentais.

José Afonso da Silva³³¹ esclarece, em contraposição a Araujo e Nunes Júnior³³², que não se pode assegurar, em face da Constituição, que a diferença entre direitos fundamentais e garantias reporta-se ao caráter assecuratório destas e do caráter declaratório daqueles, ora porque em certa medida as garantias apresentam-se declaradas e os direitos se declaram por meio de forma assecuratória, ora

³²⁹ MARIA GARCIA, Desobediência civil: direito fundamental, p. 198.

³³⁰ MARIA GARCIA, Desobediência civil: direito fundamental, p. 201.

³³¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 185 e ss.

³³² LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Curso de direito constitucional, p. 80-1.

porque as garantias são enunciadas pela inviolabilidade do elemento que visam assegurar (como, por exemplo, os incisos XI e XII do art. 5º da CF, os quais evidenciam garantias do direito à intimidade pessoal e familiar). Pontua José Afonso da Silva³³³ que as garantias dos direitos fundamentais distinguem-se em garantias gerais - aqui compreendidas as garantias "destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos", como, por exemplo, a garantia referente à organização da comunidade política - e em garantias constitucionais - que "consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração" dos direitos fundamentais; estas se subdividem em garantias constitucionais gerais (constituídas pelas "instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes"; são gerais porque "consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão") e em garantias constitucionais especiais (constituídas pelas prescrições constitucionais que estatuem técnicas e mecanismos que, "limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade" dos direitos fundamentais, ou seja, "são técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos considerados em sua manifestação isolada ou em grupos"). Todavia, apesar de tais divisões e

³³³ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 187-8.

subdivisões, cabe saber que, para o referido autor, as garantias constitucionais são tão-só as imposições, positivas e negativas, aos órgãos do Poder Público que limitam a sua conduta a fim de assegurar a observância ou reintegração dos direitos fundamentais em caso de violação; enquanto que os direitos seriam os "bens e vantagens conferidos pela norma"³³⁴.

Torres³³⁵ também parte da conclusão de que as garantias fundamentais não se confundem com os direitos fundamentais ou com suas imunidades e seus privilégios, porque visam proteger a liberdade e apresentam um contorno jurisdicional, abrangendo "os instrumentos processuais para a defesa dos direitos fundamentais e para a atualização dos valores". Bem como admite Torres³³⁶ que os direitos fundamentais, além das garantias fundamentais, prescindem das garantias institucionais - garantias estas consubstanciadas "no sistema de valores e de decisões fundamentais adotado pela Constituição"³³⁷.

Sarlet³³⁸ busca a distinção entre direitos fundamentais e garantias, mesmo reconhecendo que tal diferença pertence à tradição luso-brasileira, afirmando que por direitos fundamentais entende-se o conjunto das posições ju-

³³⁴ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 411.

³³⁵ RICARDO LOBO TORRES, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. III, p. 14-6.

³³⁶ RICARDO LOBO TORRES, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. III, p. 14-6.

³³⁷ RICARDO LOBO TORRES, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. III, p. 16.

³³⁸ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 81-3.

rídicas concernentes à pessoa que foram integradas, por seu conteúdo e importância, ao texto de uma Constituição, ou, as posições jurídicas que tendo ou não assento constitucional, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, apesar de que quanto à conceituação mais específica do que sejam direitos fundamentais, qualquer tentativa de fazê-lo que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata o conteúdo material destes está fadada a certo grau de dissociação com a realidade, porque a fixação de um conceito satisfatório para direitos fundamentais somente pode ser posto em razão de uma dada ordem constitucional concreta, visto que o caráter de fundamentalidade dos direitos varia de Estado para Estado. Quanto às garantias, Sarlet³³⁹ afirma que estas se diferenciam dos direitos fundamentais pelo seu caráter assecuratório e instrumental, na medida em que por garantias se entende o conjunto de formalidades que cercam os direitos com a finalidade de defendê-los dos abusos do poder. Ressalta ainda o autor, que as garantias fundamentais, na sua verdade, são autênticos direitos subjetivos - direitos que asseguram aos indivíduos a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito e a efetivação dos seus direitos fundamentais; enquanto que as garantias institucionais são garantias gerais disposta a manter intactas algumas instituições, cuja importância a Constituição reconhece.

³³⁹ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 176-85.

Tem-se, assim, em razão das inúmeras posições doutrinárias colacionadas, que não há, grosso modo, divergência doutrinária quanto ao entendimento de que as garantias fundamentais divergem dos direitos fundamentais pelo seu caráter assecuratório, ao invés de possuir, como estes, caráter declaratório. Ademais, há um firme posicionamento na doutrina em entender que as garantias comportam tanto os meios positivos ou negativos específicos de proteção e de reintegração de direitos violados quanto os meios de proteção que visam manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes.

Por fim, deve-se mencionar que, conforme entendimento majoritário na doutrina³⁴⁰, os direitos fundamentais seriam letra morta se não houvesse as garantias como forma de manter o conteúdo daqueles contra os abusos do Poder Público.

4.1.5. *A dignidade humana como fundamento dos direitos fundamentais:*

³⁴⁰ Neste sentido ver: CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2001, p. 239; Curso de direito constitucional, 2002, p. 394; PINTO FERREIRA, Curso de direito constitucional, p. 148; PAULO BONAVIDES, Curso de direito constitucional, p. 488.

Antes da fixação da dignidade humana como fundamentos dos direitos fundamentais, torna-se necessário um breve relato sobre a fundamentação dos direitos fundamentais, a fim de melhor embasar esta escolha.

Os direitos fundamentais, conforme preceitua Alexy³⁴¹, devem sempre se fundamentar em algo, apesar das ponderações de Branco³⁴² (de que existem razões para se acreditar em dificuldades em se encontrar um fundamento último para os direitos fundamentais) e de Bobbio³⁴³ (de que se deve falar de fundamentos e não de fundamento dos direitos fundamentais, porque nestes existem pretensões muito diversas entre si e até mesmo incompatíveis, o que faz com que as razões que valem para sustentar umas não se aplicam às outras)³⁴⁴.

Mas o que seria o fundamento de um direito? Qual o sentido do termo fundamento aqui empregado?

³⁴¹ ROBERT ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos*. Columbia: Universidad Externado de Columbia, 1995, p. 65.

³⁴² PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 114-5.

³⁴³ NOBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 19-20.

³⁴⁴ Lembra Bobbio que a existência de direitos fundamentais antinômicos faz com que não se possa ter um e outro um fundamento absoluto, ou seja, "um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela tória jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade; a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras" (NOBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 21-2).

Filosoficamente, fundamento, segundo Mora³⁴⁵, é empregue em vários e em nada precisos sentidos, como, por exemplo, às vezes, no sentido de "princípio"; às vezes, no sentido de "razão", e; às vezes, no de "origem". Porém, deve-se ter em mente que normalmente o termo fundamento é empregue ou para designar o fundamento de algo enquanto algo real (isto é, emprega-se o termo para identificar a noção de causa formal, principalmente quando a causa tem o sentido de "razão de ser de algo"), ou para identificar o fundamento de algo enquanto algo ideal, ou seja, enquanto fundamento ideal de um enunciado ou de um conjunto de enunciados (isto é, emprega-se o termo para corresponder a razão de tal enunciados ou enunciados no sentido de ser sua explicação).

Logo, deve-se entender por fundamento a causa de ser de algo, isto é, fundamento é a razão que faz com que determinado algo exista ou que seja percebido em sua forma real e/ou ideal.

Dessa forma, e tomando-se por base toda a evolução histórica dos direitos fundamentais expostos alhures, deve-se creditar - como o fazem Weis³⁴⁶, Branco³⁴⁷, Fachin e

³⁴⁵ J. FERRATER MORA, Dicionário de filosofia, Tomo II, p. 1159-60.

³⁴⁶ CARLOS WEIS, Direitos humanos contemporâneos, p. 109.

³⁴⁷ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, p. 115-6.

Ruzyk³⁴⁸, Bonavides³⁴⁹, Bodin de Moraes³⁵⁰, Santos³⁵¹, Paulo Ferreira da Cunha³⁵², Farias³⁵³, Guerra Filho³⁵⁴ - que os direitos fundamentais originam-se na necessidade de se proteger as esferas e os conteúdos de representação da dignidade humana.

Tal argumento em nada afasta o caráter histórico dos direitos fundamentais, visto que tal caráter procura somente evidenciar que os direitos fundamentais foram sendo construídos, enquanto ente ideal, durante o processo de evolução das necessidades humanas. Ou seja, os direitos fundamentais são históricos porque foram construídos durante a evolução do homem³⁵⁵; não foram concebidos naturalmente desde o momento de nascimento do primeiro homem, apesar de evidenciar elementos naturais à personalidade e à dignidade humana. Pelo contrário, em razão do grau de sofisticação de cada comunidade, os indivíduos a estas pertencentes, necessitavam de proteção de específicas esferas de sua persona-

³⁴⁸ LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado – org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 99.

³⁴⁹ PAULO BONAVIDES, Curso de direito constitucional, p. 516.

³⁵⁰ MARIA CELINA BODIN DE MORAES, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado – org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 144.

³⁵¹ FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS, Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999, p. 64 e 81.

³⁵² PAULO FERREIRA DA CUNHA, Teoria da Constituição: direitos humanos direitos fundamentais, p. 265.

³⁵³ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos privados: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 66 e 81-2.

³⁵⁴ WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 84, vol. 713, mar., 1995, p. 51.

³⁵⁵ Neste sentido enfatiza Sarmento que “os direitos fundamentais não constituem entidades etéreas, metafísicas, que sobrepaíram o mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana” (DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 18-9).

lidade e dignidade, o que possibilitou, e ainda possibilita, se falar em direitos fundamentais locais, em contraposição a direitos tidos como humanos universais.

Entretanto, mesmo sendo possível identificar diferenças quanto ao rol dos direitos fundamentais consagrados em comunidades diferentes, o fundamento dos direitos fundamentais não diverge do fundamento dos direitos humanos, visto que tanto instrumentos de direitos universais³⁵⁶ (a saber, Declaração Universal dos Direitos do Homem) como de direitos fundamentais (a saber, Constituição Federal brasileira de 1988) evidenciam que estes direitos fundamentam-se na dignidade humana porque, de acordo com Aranha³⁵⁷, "o desenvolvimento do conteúdo de um direito fundamental é histórico, porém não é arbitrário; curva-se inexoravelmente ao valor da *dignidade humana*".

Destarte, deve-se entender, conforme Branco³⁵⁸, Farias³⁵⁹, Weingartner Neto³⁶⁰ e Sarlet³⁶¹ o fazem, que a dignidade humana enquanto fundamento dos direitos fundamentais

³⁵⁶ Neste sentido ver: MELISSA FOLMANN, Sigilo bancário e fiscal. Curitiba: Juruá, 2001, p. 187.

³⁵⁷ MÁRCIO IORIO ARANHA, Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais, p. 198.

³⁵⁸ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, p. 115-6.

³⁵⁹ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 66.

³⁶⁰ JAYME WEINGARTNER NETO, Honra, privacidade e liberdade de imprensa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 125.

³⁶¹ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 115-6.

deve ser estendida à totalidade daqueles direitos³⁶², mesmo que em certos casos, direitos fundamentais aplicáveis às pessoas jurídicas (caso dos incisos XXI, XXV, XXVIII e XXIX do art. 5º da CF), não haja a possibilidade de identificar a dignidade humana como fundamento correto de determinados direitos fundamentais. Tal extensão é indicada porque se compreende que é o princípio da dignidade humana que inspira os típicos direitos fundamentais, que justifica o postulado da isonomia e que previne o arbítrio e a injustiça por meio de fórmulas de limitação do poder.

Outros argumentos utilizados para afastar a utilização de um fundamento único para os direitos fundamentais são: a diversidade de eficácias dos direitos fundamentais e a existência de direitos fundamentais antinômicos. Neste sentido, Bobbio³⁶³ afirma que os direitos fundamentais sujeitos às restrições não podem ter um fundamento absoluto, que não permitisse dar uma justificação válida para a sua restrição; bem como que direitos antinômicos não podem ter o mesmo fundamento que justifiquem a existência de um e de outro direito fundamental. Todavia, será que impor limitações aos direitos fundamentais interfere na existência de um fundamento único? A existência de garantias que imponham limites aos direitos fundamentais é contrária à dignidade

³⁶² Neste sentido ver: LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica, p. 99; MARIA CELINA BODIN DE MORAES, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 114.

³⁶³ NOBERTO BOBBIO, A era dos direitos, p. 21.

da pessoa humana? Direitos fundamentais antinômicos realmente têm fundamentos distintos? A dignidade humana não pode fundamentar direitos antinômicos? Talvez tais argumentos sejam realmente verdadeiros, porém neste trabalho, pela necessidade de tal assunto apenas fundamentar o objeto em análise (direito à intimidade) nesta dissertação, afasta-se esta hipótese para um momento posterior e mais oportuno e se dá preferência pela idéia do fundamento absoluto dos direitos fundamentais, bem como pela fixação da dignidade humana como fundamento destes.

Em razão dos argumentos apresentados, não se pode identificar como errado o posicionamento daqueles, como Ferreira Filho³⁶⁴, que entendem que os direitos fundamentais podem também se fundamentar na própria natureza humana, em uma experiência comum às sociedades contemporâneas (posição afastada por Ferreira Filho³⁶⁵, porque segundo este autor, nem todas as sociedades crêem ou concordam com a afirmação desses direitos) ou na consciência de que os Estados modernos nasceram das filosofias que enalteciam a necessidade de proteção dos direitos fundamentais.

Destarte, apesar dos argumentos contrários³⁶⁶, adota-se, em razão dos motivos expostos alhures, o posicionamento de que a dignidade humana é o fundamento único dos

³⁶⁴ MAOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direitos humanos fundamentais*, p. 31.

³⁶⁵ MAOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direitos humanos fundamentais*, p. 31.

³⁶⁶ Neste sentido ver: JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa*, p. 06.

direitos fundamentais por se concordar com o pensamento de Dürig, exposto por Sarlet³⁶⁷, de que o princípio fundamental da dignidade humana fundamenta uma pretensão geral de respeito e proteção da dignidade da pessoa humana, a qual possibilita a proteção expressa contra a ação erosiva do legislador.

Serve ainda como justificação para a escolha nesta dissertação da idéia da dignidade humana como fundamento único dos direitos fundamentais o entendimento de que tendo a Constituição, em nosso sistema jurídico e em outros, fixado o subsistema dos direitos fundamentais como um sistema aberto (isto é, possível de conter outros elementos que não só aqueles elencados em seu texto) possibilitou o entendimento de que outros direitos não constitucionalizados são equiparados àqueles em razão de possuírem conteúdos materialmente fundamentais. Logo, como identificar quais direitos não constitucionalizados possuem conteúdo materialmente fundamentais senão pela existência de um fundamento comum que identifique aqueles direitos como direitos materialmente fundamentais? Não é o conteúdo dos direitos que fazem destes fundamentais ou não, bem como não é o simples enquadramento legal, mas sim o fundamento destes que fazem com que sejam identificados como direitos fundamentais.

³⁶⁷ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais.

Neste sentido, concorda-se com Sarlet³⁶⁸ de que

[...] o que se pretende com os argumentos ora esgrimados é demonstrar que o princípio da dignidade da pessoa humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar - mas não exclusivo - para a construção de um conceito material de direitos fundamentais. Além disso, abstraindo-se, por ora, os demais referenciais a serem analisados, é preciso ter sempre em mente que determinada posição jurídica fora do catálogo, para que efetivamente possa ser considerada equivalente, por seu conteúdo e importância, aos direitos fundamentais do catálogo, deve, necessariamente, ser reconduzível de forma direta e corresponder ao valor maior da dignidade da pessoa humana. Neste contexto, há que questionar a respeito da possibilidade de existirem direitos fundamentais fora do catálogo que não possuam necessariamente um conteúdo diretamente fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, já que este, salvo melhor juízo, não constitui elemento comum (no mínimo, não igualmente comum) a todos os direitos fundamentais do catálogo³⁶⁹.

Ademais, tomando por base o caráter de superprincípio do princípio da dignidade humana e a existência de outros direitos fundamentais que não somente aqueles positivados em Cartas constitucionais, Sarmento³⁷⁰ endossa a utilização do princípio da dignidade humana como fundamento dos direitos fundamentais porque entende que aquele nutre e

³⁶⁸ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 117-8.

³⁶⁹ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 117-8.

³⁷⁰ DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 113.

perpassa todos os direitos fundamentais, os quais podem ser tidos como concretizações ou exteriorizações daquele, o que possibilita, também, que o princípio da dignidade humana desempenhe papel fundamental na revelação de novos direitos fundamentais não inscritos nos documentos constitucionais, pois tais direitos poderão ser exigidos futuramente quando se vier a verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se essencial para a efetivação da vida digna dos indivíduos³⁷¹.

Todavia, o principal argumento adotado para identificar a existência de um fundamento único dos direitos fundamentais é a adoção, por inúmeros legisladores constituintes^{372 373}, da dignidade humana como fundamento seja da ordem política e da paz social, seja dos próprios Estados.

Ressalte-se, porém, que no caso brasileiro afasta-se o entendimento de que a dignidade humana não poderia ser

³⁷¹ Ressalta Sarlet que “posição semelhante foi, recentemente, adotada na doutrina pátria, sugerindo que o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente enunciado pelo art. 1º, inc. III, da nossa CF, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5º, § 2º, de nossa Lei Fundamental. Cuida-se de posições exemplificativamente referidas e que expressam o pensamento de boa parte da melhor doutrina, de modo especial no que tange à íntima vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais” (INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 99-100).

³⁷² Constata Sarmento que “constituições como a brasileira, a alemã, a espanhola e a portuguesa, que representam marcos na superação de formas estatais autoritárias, são timbradas pela preocupação com a promoção de valores humanitários de dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade e justiça, que não podem ser desconsiderados no momento da sua interpretação e aplicação” (DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 152).

³⁷³ Consagram expressamente a dignidade humana: as Constituições da Alemanha (art. 1º, inc. I), da Espanha (preâmbulo e art. 10.1), da Grécia (art. 2º, inc. I), da Irlanda (preâmbulo), de Portugal (art. 1º), a do Brasil (art. 1º, III), a do Paraguai (preâmbulo), a de Cuba (art. 8º), da Venezuela (preâmbulo), do Peru (art. 4º) e, indiretamente, a da Guatemala (preâmbulo e art. 4º) – tal rol é fornecido por Sarlet in INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 101-2.

fundamento único dos direitos fundamentais uma vez que foi somente preceituada no inc. III do art. 1º como fundamento da República Federativa do Brasil por acreditar-se que a dignidade humana, diferentemente dos demais incisos do referido artigo, goza de valor superlativo não podendo ser contrapesada a outros valores ou bens constitucionalmente protegidos, não lhe sendo, portanto, aplicado o critério da proporcionalidade³⁷⁴.

Ademais, mesmo que afastada a possibilidade da dignidade humana ser tida como único fundamento dos direitos fundamentais, resta, ainda, a certeza de que os direitos à intimidade e à vida privada fundamentam-se no princípio da dignidade humana³⁷⁵, através do livre desenvolvimento da personalidade.

Portanto, tendo sido evidenciado na análise sobre o fundamento dos direitos fundamentais que é a dignidade humana o fundamento dos direitos fundamentais, ou, pelo menos dos direitos à intimidade e à vida privada, faz-se necessário agora um breve relato sobre o que seja dignidade humana, visto que o perfeito entendimento do que seja esta possibilitará o melhor entendimento do porque se afirmou

³⁷⁴ Em sentido contrário ver: JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, *Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais*, p. 69.

³⁷⁵ Neste sentido ver: RIZZATTO NUNES, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São paulo: Saraiva, 2002, p. 56.

ser a dignidade humana o fundamento destes direitos fundamentais.

4.1.5.1. Apontamentos sobre a dignidade humana:

Neste tópico não se analisará a dignidade humana em todas as suas dimensões e potencialidades, fixar-se-á apenas apontamentos sobre a dignidade humana que permitam identificar seu caráter em nosso ordenamento jurídico, bem como as repercussões daquela neste.

Segundo Bodin de Moraes³⁷⁶ a expressão dignidade humana é reconhecidamente vaga, fluida e indeterminada, bem como apresenta um conceito que, por sua polissemia e uso indiscriminado, é mais controvertido agora do que no passado, mesmo tendo ao longo da história despertado tormentos nos filósofos e sociólogos de todos os matizes, das mais diversas perspectivas ideológicas e metodológicas e, também, de ter recebido atenção privilegiada dos juristas³⁷⁷ - talvez por isso não apresente um conceito preciso.

³⁷⁶ MARIA CELINA BODIN DE MORAES, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 109.

³⁷⁷ Jabur entende diferentemente de Bodin de Moraes, visto que afirma que sobre a natureza e o conceito de dignidade humana pouco se cansaram as mentes jurídicas (GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade, p. 202).

A etimologia da palavra dignidade nos leva ao termo latino *dignus*, o qual identifica aquele que merece estima e honra; aquele que é importante. Filosoficamente a dignidade é apresentada, segundo Bodin de Moraes³⁷⁸, como a substância única ou a qualidade própria comum unicamente aos humanos que serve para distingui-los. De outro lado, Abbagnano³⁷⁹ identifica a dignidade como um valor não relativo, mas intrínseco, como fim em si mesmo, a todo ser racional.

Fleiner³⁸⁰ procura identificar o conteúdo da dignidade humana afirmando que a esta pertence tudo aquilo (meio, família, história, cultura, idioma, sua identidade, suas raízes) que impregnou o ser humano durante seu processo de formação.

Sarlet³⁸¹ afirma que a dignidade humana é a qualidade intrínseca da pessoa humana, ou seja, é a dignidade humana é "algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado", ou melhor, é a dignidade humana algo que se "reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como

³⁷⁸ MARIA CELINA BODIN DE MORAES, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 110.

³⁷⁹ NICOLA ABBAGNANO, Dicionário de filosofia, p. 276.

³⁸⁰ THOMAS FLEINER, O que são direitos humanos?, p. 12.

³⁸¹ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais.

algo que lhe é inerente"³⁸²; apesar de entender que a dignidade humana não deva ser entendida somente como algo inerente à natureza humana, porque Sarlet³⁸³, compreende que a dignidade humana também possui um sentido cultural, ou seja, é fruto das gerações e da humanidade como um todo.

Neste mesmo sentido, Weingartner Neto³⁸⁴ afirma que a dignidade humana é, em seu aspecto cultural, um limite e uma tarefa dos poderes estatais³⁸⁵, bem como é, também, a qualidade irrenunciável, inalienável e intrínseca da pessoa humana. Ademais, ressalta Weingartner Neto³⁸⁶ que a dignidade humana "não é mera e solene declaração ético-moral", pelo contrário, é o "valor jurídico fundamental da comunidade, em face da decisão constitucional, valor-guia que se tem caracterizado como o princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa"³⁸⁷.

Para Coelho³⁸⁸ a dignidade humana é uma razão ética, na medida em que a racionalização da convivência humana somente será aceita se for fundada na dignidade dos seres humanos em sociedade, porque os homens não possuem entre si

³⁸² INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 106.

³⁸³ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais,

³⁸⁴ JAYME WEINGARTNER NETO, Honra, privacidade e liberdade de imprensa.

³⁸⁵ Esclarece Weingartner Neto que "seu elemento fixo e imutável é o núcleo inviolável, vale dizer, limite à atividade dos poderes públicos. Como tarefa imposta ao Estado – reconhecendo-se que depende, em maior ou menor grau, do ambiente comunitário – reclama ações estatais no sentido de preservá-la e, mesmo, maximizá-la" (JAYME WEINGARTNER NETO, Honra, privacidade e liberdade de imprensa, p. 122-3).

³⁸⁶ JAYME WEINGARTNER NETO, Honra, privacidade e liberdade de imprensa.

³⁸⁷ JAYME WEINGARTNER NETO, Honra, privacidade e liberdade de imprensa, p. 123-4.

³⁸⁸ EDIHERMES MAQUES COELHO, Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária, p. 106-7.

diferenças ontológicas apriorísticas que possibilitem sua desigualdade e impeçam sua autodeterminação no mundo.

De acordo com Bodin de Moraes³⁸⁹, o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se no princípio da igualdade, vez que este possibilita que os indivíduos não sejam submetidos a qualquer tratamento discriminatório, possibilita que os indivíduos tenham direitos iguais aos dos demais indivíduos³⁹⁰.

Não obstante a ligação existente entre o que seja dignidade humana e a individualidade do homem, a dignidade humana, segundo Fleiner³⁹¹, existe também na coletividade e mediante a coletividade a que o homem pertence - o que não autoriza que se ignore o valor do indivíduo e se justifique sua destruição em nome do interesse da coletividade³⁹².

Transpassadas esses breves comentários acerca da dignidade humana, passa-se, agora, ao estudo da inclusão desta no sistema jurídico e, em especial, no sistema jurídico pátrio.

³⁸⁹ MARIA CELINA BODIN DE MORAES, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 117.

³⁹⁰ Neste sentido ver: THOMAS FLEINER, O que são direitos humanos?, p. 12.

³⁹¹ THOMAS FLEINER, O que são direitos humanos?, p. 44..

³⁹² Neste sentido ver: FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS, Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, p. 94; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência, p. 49.

O valor da dignidade humana somente foi preceituado pelas Cartas constitucionais quando da fixação em 1945 pela Carta das Nações Unidas e em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de que, dever-se-ia reafirmar-se a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano" e, de que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos"³⁹³.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Carta constitucional em nossa história que, além de prever um título próprio aos princípios fundamentais e de deixar claro, em razão da posição geográfica, que estes apresentam a natureza de normas embaixadoras e informativas do sistema constitucional e, conseqüentemente dos direitos fundamentais. Da mesma forma, a Constituição de 1988 foi a primeira a estabelecer uma normatividade sobre a dignidade humana - porque o valor da dignidade humana não foi somente enaltecido quando da fixação dos princípios fundamentais (art. 1º, III), mas também quando fixou que a ordem econômica teria por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), quando estabeleceu que o planejamento familiar deve se fundar nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável (art. 226, § 6º) e quando se assegurou à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*).

³⁹³ Verificar o Preâmbulo da Carta das Nações Unidas e o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Apesar de Tavares³⁹⁴ afirmar que a constituição brasileira optou por não incluir a dignidade humana entre os direitos fundamentais, mas sim preferiu fazê-lo como fundamento da República Federativa do Brasil; prefere-se concordar com Piovesan³⁹⁵ de que a busca pelo legislador constituinte de resguardar o valor da dignidade humana impulsionou o redimensionamento daquela pelo privilégio topográfico concedido aos direitos fundamentais, o que fez com que a dignidade humana se portasse como mais do que mero fundamento da República Federativa do Brasil, mas sim como o núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico³⁹⁶, isto é, a dignidade humana é, no atual sistema jurídico pátrio, tanto o critério e o parâmetro de valoração que lhe orienta a interpretação e compreensão, quanto o valor essencial que dá unidade de sentido ao sistema constitucional³⁹⁷.

No mesmo sentido proposto por Piovesan³⁹⁸, Bodin de Moraes³⁹⁹ afirma que o princípio da dignidade humana foi con-

³⁹⁴ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 392.

³⁹⁵ FLÁVIA PIOVESAN, Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 54-7; Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988, p. 91.

³⁹⁶ Lembra Piovesan que “é no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e Interno”, porque “seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional Ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido” (FLÁVIA PIOVESAN, Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988, p. 92-3 e 94-5).

³⁹⁷ Neste sentido ver: FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS, Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, p. 64; PAULO FERREIRA DA CUNHA, Teoria da Constituição: direitos humanos direitos fundamentais, p. 265.

³⁹⁸ FLÁVIA PIOVESAN, Direitos humanos e o direito constitucional internacional.

sagrado pelo legislador constituinte e, considerando sua eminência, foi proclamado entre os princípios fundamentais, tendo lhe sido atribuído o valor de alicerce⁴⁰⁰ do sistema jurídico⁴⁰¹, ou, nos termos de Paulo Ferreira da Cunha⁴⁰², no verdadeiro ponto fixo de Arquimedes sobre o qual se apóia todo o universo jurídico.

Também Queiroz⁴⁰³ afirma ser a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da sociedade político-estadual, princípio constitucional supremo, isto é, apresenta-se a dignidade humana tanto como norma fundamental quanto como direito fundamental. Porém vai a referida autora além, ao afirmar, em uma expressão, que a dignidade humana estabelece-se como "compromisso fundamental de Estado" - sendo este compromisso identificado por Santos⁴⁰⁴ pela fixação da garantia de condições mínimas de existência⁴⁰⁵, isto é, pela fixação da existência digna como fim da ordem econômica, "não se tolerando, pois, profundas desigualdades entre os membros de uma sociedade".

³⁹⁹ MARIA CELINA BODIN DE MORAES, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 115.

⁴⁰⁰ Neste sentido ver: FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS, Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, p. 61-2.

⁴⁰¹ Ressalta ainda Bodin de Moraes que "seria o caso, creio eu, de usar esta analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no Direito, hoje, tudo se tornou relativo, ponderável, em relação, porém, ao único princípio capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico de nosso tempo: a dignidade da pessoa humana, onde quer que ela, ponderados os interesses contrapostos, se encontre" (MARIA CELINA BODIN DE MORAES, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 147).

⁴⁰² PAULO FERREIRA DA CUNHA, Teoria da Constituição: direitos humanos direitos fundamentais, p. 270-1.

⁴⁰³ CRISTINA M. M. QUEIROZ, Direitos fundamentais (teoria geral), p. 221.

⁴⁰⁴ FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS, Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, p. 79.

⁴⁰⁵ Neste sentido ver: EDÍLSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 60-4; INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 110-1.

Destarte, afirmam Negreiros⁴⁰⁶ e Cunha⁴⁰⁷ que o estabelecimento da dignidade humana como valor supremo do ordenamento jurídico revela uma concepção antropocêntrica do sistema jurídico⁴⁰⁸, o que não se confunde com uma posição individualista ou com o entendimento de que não existem limites de atuação por parte dos sujeitos senão a fronteira da ordem pública. Ou seja, os indivíduos, por meio de sua dignidade, passaram a ser o foco principal do sistema constitucional, bem como do próprio sistema jurídico - na medida em que, projetada a luz constitucional no direito civil, além de ensejar a formação de uma ampla esfera de direitos civis constitucionais, "permite a identificação de novos valores em que se (re)funda o direito civil, os quais não mais têm no indivíduo, mas na dignidade humana, o seu ponto de convergência"⁴⁰⁹.

Na mesma direção proposta por Negreiros⁴¹⁰ e Cunha⁴¹¹, Sarmento⁴¹² pontua que o princípio da dignidade humana, apesar de ser entre nós o fundamento da República, acaba por costurar e unificar todo o sistema de direitos fun-

⁴⁰⁶ TERESA NEGREIROS, Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios, in Teoria dos Direitos Fundamentais – org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁴⁰⁷ ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA, Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil, p. 255.

⁴⁰⁸ Segundo Sarmento, "num sistema antropocêntrico, fundado na dignidade da pessoa humana, não parece legítimo resolver possíveis tensões entre a liberdade existencial da pessoa e os interesses da coletividade sempre a favor dos segundos" (DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 215-6).

⁴⁰⁹ TERESA NEGREIROS, Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios, p. 353-4.

⁴¹⁰ TERESA NEGREIROS, Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios.

⁴¹¹ ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA, Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil.

⁴¹² DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 110.

damentais, passando a irradiar, por assim, efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e a balizar, além dos atos estatais, toda "a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado".

Em razão disso tudo, afasta-se o posicionamento de Farias⁴¹³ de que a dignidade humana pode sim sofrer limitações, desde que tais limitações sirvam para salvaguardar outros valores constitucionais⁴¹⁴. E, em consequência disto, passa-se a creditar o princípio da dignidade humana como o epicentro axiológico da ordem constitucional; o que implica, segundo Sarmiento⁴¹⁵, na postulação da vis expansiva para os direitos fundamentais, ou seja, na não admissão, portanto, de quaisquer construções que tentem "atenuar seu impacto, diluir sua normatividade ou confiná-los a fronteira já superadas"⁴¹⁶. E isto quer dizer também, que qualquer interpretação ou modificação que vise limitar ou reduzir um direito fundamental somente será aceita se não ofensiva ao núcleo deste e, mais especificamente, se não impossibilitar

⁴¹³ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, p. 62-5.

⁴¹⁴ Afirma Farias que "conquanto seja a dignidade um valor inerente a cada pessoa e que 'leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais', o princípio da dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto no sentido de que deva prevalecer incondicionalmente sobre os princípios opostos em qualquer situação. Ele está sujeito também à lei de colisão (...) e, sob, determinadas circunstâncias, poderá não prevalecer sobre princípios colidentes. São as condições do caso concreto que irão indicar a precedência ou não do princípio da dignidade da pessoa humana" (EDILSON PEREIRA DE FARIAS, *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, p. 64-5).

⁴¹⁵ DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 288.

⁴¹⁶ Neste sentido ver: GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*, p. 203.

a implementação da dignidade humana pela concretização das-
queles⁴¹⁷.

Adota-se tal posicionamento porque se entende, em consonância com o exposto por Oscar Vilhena⁴¹⁸, que, no tocante ao caso brasileiro, sendo a dignidade humana um dos fundamentos da República, e, em outros casos, fundamento dos direitos fundamentais, devem os intérpretes ir além da mera leitura formal do texto, extraíndo, assim, de cada preceito constitucional “a interpretação mais adequada à promoção e preservação da dignidade da pessoa humana”.

Por tudo isso, concorda-se com Piovesan e Vieira⁴¹⁹, Nunes⁴²⁰ e com Sarlet⁴²¹ de que no atual cenário do Direito Constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental que apresenta maior força deontológica predominante, o que possibilita até mesmo a sua transcendência além dos limites do positivismo. Caracterizando-se, assim, como um superprincípio constitucional, isto é, como “norma maior a orientar o constitucionalismo

⁴¹⁷ Neste sentido Sarlet adverte que “a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade” (INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 108).

⁴¹⁸ OSCAR VILHENA VIEIRA, A constituição e sua reserva de justiça: em ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 240.

⁴¹⁹ FLÁVIA PIOVESAN e RENATO STANZIOLA VIEIRA, A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana, in Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 389.

⁴²⁰ LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência, p. 51.

⁴²¹ INGO WOLFGANG SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 111-2.

contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido"⁴²².

Por tudo isso, afirma Sarmiento⁴²³ que o princípio da dignidade humana acaba por influenciar "a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares", porque, se admitindo todo e qualquer direito fundamental como concretização ou exteriorização do princípio da dignidade humana, se faz necessário "expandir para todas as esferas da vida humana, a incidência dos mesmos, pois, do contrário, a proteção à dignidade da pessoa humana (...) permaneceria incompleta"⁴²⁴.

Assim, tomando-se a dignidade humana como princípio deve-se ter em mente que seu núcleo essencial é, nos termos de Rios⁴²⁵,

[...] a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal. O ser huma-

⁴²² FLÁVIA PIOVESAN e RENATO STANZIOLA VIEIRA, A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana, p. 393.

⁴²³ DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas.

⁴²⁴ Adverte ainda Sarmiento que "condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas suas relações privadas à vontade do legislador, ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado, significa abrir espaço para que, diante da omissão do poder legislativo, ou da ausência de cláusulas gerais apropriadas, fique irremediavelmente comprometida uma proteção, que, de acordo com a axiologia constitucional, deveria ser completa e cabal" (DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 288).

⁴²⁵ ROGER RAUPP RIOS, Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de pessoa do mesmo sexo, in A reconstrução do direito privado – org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

no, em virtude de sua dignidade, não pode ser visto como meio para a realização de outros fins⁴²⁶.

Quanto à sistemática de aplicação do princípio da dignidade humana, ressalta Leivas⁴²⁷ que o princípio da dignidade humana deve ser aplicado de forma autônoma e direta quando a garantia de todos os demais direitos fundamentais se revelar excepcionalmente ineficaz ou quando não se encontrar no catálogo dos direitos fundamentais um direito capaz de proteger a dignidade humana. Do contrário, deve a dignidade servir apenas como parâmetro valorativo na interpretação dos direitos fundamentais.

Ainda quanto à aplicabilidade do princípio da dignidade humana, Queiroz⁴²⁸ adverte que o Tribunal Constitucional Alemão estabelece que a dignidade humana (Menschenwürde), sendo considerada como de valor superlativo (Obersterwert, Obersterrang, Höchstrang), não pode ser contrapesada a outros valores ou bens constitucionalmente protegidos, não lhe sendo, portanto, aplicado o critério da proporcionalidade.

⁴²⁶ ROGER RAUPP RIOS, Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de pessoa do mesmo sexo, p. 484-5.

⁴²⁷ PAULO GILBERTO COGO LEIVAS, A genética no limiar da eugenia e a construção do conceito de dignidade humana, in A reconstrução do direito privado – org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 561.

⁴²⁸ CRISTINA M. M. QUEIROZ, Direitos fundamentais (teoria geral), p. 206.

Mais especificamente quanto à correlação entre dignidade humana e proporcionalidade, afirma Nunes⁴²⁹ que

[...] com a mudança de paradigma, que, num salto de qualidade, colocou a dignidade da pessoa humana como o valor supremo a ser respeitado, é a ela que a proporcionalidade deve estar conectada. É nela que a proporcionalidade nasce.

[...]

Apenas dizemos que, como o mais importante princípio constitucional é o da dignidade humana, é ele que dá a diretriz para a harmonização dos princípios, e, via de consequência, é nela - dignidade - que a proporcionalidade se inicia de aplicar. Mas, também, quando se tratar de examinar conflitos a partir do princípio da igualdade, o da proporcionalidade estará presente.

Agora, realmente é a dignidade que dá o parâmetro para a solução do conflito de princípios; é ela a luz de todo o ordenamento. Tanto no conflito em abstrato de princípios como no caso real, concreto, é a dignidade que dirigirá o intérprete - que terá em mãos o instrumento da proporcionalidade - para a busca da solução⁴³⁰.

De acordo com Bodin de Moraes⁴³¹, o princípio da dignidade humana institui e encima a cláusula geral de tutela da personalidade humana, a qual possibilita que as situações jurídicas subjetivas não-patrimoniais recebam pro-

⁴²⁹ LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência, p. 55.

⁴³⁰ LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência, p. 55.

⁴³¹ MARIA CELINA BODIN DE MORAES, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo.

teção especial no ordenamento nacional, "seja através de prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a ela causados"⁴³².

Para Farias⁴³³, o princípio da dignidade humana protege as dimensões materiais e espirituais da realidade humana, na medida em que aquele envolve por proteção tanto "um aspecto de garantia negativa no sentido de a pessoa humana não ser ofendida ou humilhada", quanto o aspecto de "afirmação do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo"⁴³⁴.

4.2. O direito à intimidade e à vida privada como Direito Fundamental:

4.2.1. Definição e Conteúdo do direito à intimidade e à vida privada:

Prevalece na doutrina o entendimento de que os direitos à intimidade e à vida privada não comportam mais

⁴³² MARIA CELINA BODIN DE MORAES, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 145.

⁴³³ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.

⁴³⁴ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 63-4.

simplesmente a mera concepção individualista tradicional de o indivíduo ser deixado em paz, expresso pela garantia de isolamento e segredo, mas, pelo contrário, consubstanciam-se no amplo controle da circulação de informações pessoais⁴³⁵.

Todavia, apesar de haver prevalência de sentido quanto ao entendimento de que os direitos à intimidade e à vida privada se expressam tanto pela necessidade de o indivíduo ser deixado a só quanto pela necessidade de controlar as informações pessoais, existem, ainda, diferenças sutis em cada posicionamento adotado. São exemplos de tais diferenças, as seguintes.

Warren e Brandeis⁴³⁶ preferem crer que o direito à intimidade e à vida privada apresenta-se como a expressão mais geral do indivíduo não ser molestado, apesar de nesta configuração indicar também "el derecho a decidir hasta que punto pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones"⁴³⁷ (independentemente destes serem expressos por escrito, mediante atuação, conversação, atitudes ou por gestos⁴³⁸), porque quando o indivíduo "ha elegido

⁴³⁵ Neste sentido ver: DANILO CESAR MAGANHOTO DONEDA, Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade, p. 119-20; GUILHERME MAGALHÃES MARTINS, Boa fé e contratos eletrônicos via internet, p. 144-5; MARIA CELINA BODIN DE MORAES, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 136; SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, El derecho a la intimidad, p. 31-48; GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade, p. 254-60.

⁴³⁶ SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, El derecho a la intimidad.

⁴³⁷ SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, El derecho a la intimidad, p. 31-3.

⁴³⁸ SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, El derecho a la intimidad, p. 46-7.

expresarlos, retiene, por regla general, el poder de fijar los límites de la publicidad que se les podrá dar"⁴³⁹. Posicionam-se Warren e Brandeis⁴⁴⁰ desta forma por acreditarem que "este derecho es totalmente independiente del soporte material o de los medios por los que expresen el pensamiento, el sentimiento o la emoción"⁴⁴¹⁴⁴².

No mesmo sentido proposto por Warren e Brandeis⁴⁴³, Jabur⁴⁴⁴ afirma que o conteúdo dos direitos à intimidade e à vida privada é composto pelo isolamento sagrado de cada ser humano da curiosidade pública (o qual depende a manifestação livre e eficaz da personalidade, porque o "bem-estar psíquico do indivíduo, consubstanciado no respeito à sua esfera íntima, constitui inegável alimento para o desenvolvimento sadio de suas virtudes", bem como porque "o resguardo dessa zona reservada, a subtração da curiosidade, é razão para o bem-viver e progresso da pessoa"⁴⁴⁵), ou seja, pela necessidade de quietude, de paz interior e de solidão; posto que o conteúdo e a abrangência daqueles direitos "são permitidos e acentuados através de uma escolha desobstruída

⁴³⁹ SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, El derecho a la intimidad, p. 31-3.

⁴⁴⁰ SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, El derecho a la intimidad.

⁴⁴¹ SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, El derecho a la intimidad, p. 31-3.

⁴⁴² Afirmam Warren e Brandeis que "la finalidad del derecho debe ser tanto garantizar a aquellas personas cuyos asuntos no son causa de preocupación legítima para la comunidad que no se han de ver arrastradas a una publicidad indeseable e indeseada, como proteger a toda persona, sea quien sea por su status o por su posición social, de ver divulgados, contra su voluntad, asuntos que pudiese preferir, en verdad, mantener reservados. Lo que se censura y hay que evitar, siempre que sea posible, es la injustificada violación de la intimidad" (SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, El derecho a la intimidad, p. 62-3).

⁴⁴³ SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, El derecho a la intimidad.

⁴⁴⁴ GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade.

⁴⁴⁵ GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade, p. 254.

daquilo que deve ou não fazer parte do círculo restrito do 'eu'⁴⁴⁶⁴⁴⁷.

Especificamente quanto à segunda expressão dos direitos à intimidade e à vida privada, Doneda⁴⁴⁸ prefere posicionar-se de forma a entender que esta se concretiza no "direito a controlar o uso que os outros fazem das informações que me digam respeito"⁴⁴⁹.

Guilherme Martins⁴⁵⁰ advoga também a tese de que o direito à privacidade e à vida privada contemplam o controle pelos indivíduos do "exercício de poderes que se fundam na disponibilidade de informações, de modo a concorrer para o estabelecimento de um equilíbrio sócio-político mais adequado"⁴⁵¹, isto é, passam os indivíduos por meio dos direitos à intimidade e à vida privada a conhecerem, controlarem, endereçarem e interromperem o fluxo das informações que lhes dizem respeito.

⁴⁴⁶ GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*, p. 260.

⁴⁴⁷ Adverte ainda Jabur que "quando o indivíduo determina o que ou quem participa ou não de sua intimidade, o que quer ou não quer resguardar e manter só para si, seus familiares e amigos 'íntimos', exercita seu direito à liberdade de opção, de escolher o que pretende, e com que intensidade, preservar ou desnudar, estabelecendo, portanto, e a partir daí, o que não deverá e o que poderá sofrer ingerência, e em que medida teria esta lugar" (GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*, p. 260).

⁴⁴⁸ DANILO CESAR MAGANHOTO DONEDA, *Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade*.

⁴⁴⁹ DANILO CESAR MAGANHOTO DONEDA, *Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade*, p. 119-20.

⁴⁵⁰ GUILHERME MAGALHÃES MARTINS, *Boa fé e contratos eletrônicos via internet*.

⁴⁵¹ GUILHERME MAGALHÃES MARTINS, *Boa fé e contratos eletrônicos via internet*, p. 144-5.

Tavares⁴⁵² prefere crer que os direitos à intimidade e à vida privada "comportam toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, da privacidade e, até mesmo, da personalidade da pessoa humana" e, em especial, a competência de escolher se divulga ou não seu conjunto de dados individuais (aqui entendidos todos os fatos relacionados a vida familiar, doméstica ou particular que envolvam fatos, atos, hábitos, pensamentos, segredos, atitudes e planos de vida), e, "no caso de divulgação, decidir quando, como, onde e quem"⁴⁵³, bem como a liberdade de viver "sem ser molestado por terceiros, sem ser agredido pela bisbilhotice alheia"⁴⁵⁴.

Em sentido similar ao de Tavares⁴⁵⁵, Paulo Pinto⁴⁵⁶ afirma que os conteúdos dos direitos à intimidade e à vida privada apresentam-se como direitos à autodeterminação informacional (Recht auf informationelle Selbstbestimmung), ou seja, como a possibilidade dos indivíduos disporem sobre a concessão e o emprego de dados e informações pessoais, isto é, a possibilidade dos indivíduos determinarem "quando e dentro de que limites são reveladas as informações pessoais"⁴⁵⁷.

⁴⁵² ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional.

⁴⁵³ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 437.

⁴⁵⁴ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 446-7.

⁴⁵⁵ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional.

⁴⁵⁶ PAULO MOTA PINTO, 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.

⁴⁵⁷ PAULO MOTA PINTO, Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português, p. 78.

Bastos⁴⁵⁸ admite, por outro lado, que os direitos à intimidade e à vida privada somente consistem na faculdade que “tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar”⁴⁵⁹, bem como de impedir o acesso e a divulgação das informações sobre a privacidade de cada um.

Silva⁴⁶⁰ concorda com Bastos⁴⁶¹ de que os direitos à intimidade e à vida privada somente comportam

[...] o poder jurídico de subtrair ao conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa vida privada, que segundo um sentimento comum, detectável em cada época e lugar, interessa manter sob reserva^{462 463}.

Em outro sentido, Luciana Martins⁴⁶⁴ estabelece que o direito à vida privada compreende o direito dos indivíduos tomarem “decisões sobre assuntos íntimos ou existenciais”, ou, o direito que contém um conjunto de poderes, po-

⁴⁵⁸ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002; Curso de direito constitucional, 2001.

⁴⁵⁹ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002, p. 340-1; Curso de direito constitucional, 2001, p. 203.

⁴⁶⁰ EDSON FERREIRA DA SILVA, Direito à intimidade.

⁴⁶¹ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002; Curso de direito constitucional, 2001.

⁴⁶² EDSON FERREIRA DA SILVA, Direito à intimidade, p. 39.

⁴⁶³ Afirma Silva que é preciso ter em mente que “nem todo desvelamento de aspectos concernentes à vida amorosa, sexual, familiar ou profissional das pessoas, nem os que respeitam às suas idéias; sentimentos, religiosidade ou atitudes, ofende a intimidade”, visto que “só será ofensivo se expuser a pessoa uma situação de embaraço, de constrangimento ou de menoscabo perante o meio social”. Dessa forma, “nenhum interesse legítimo justificaria manter fora do alcance do público ocorrências de morte, casamentos, problemas de saúde, gostos ou preferências pessoais, lazeres, hábitos ou costumes domésticos, a não ser que algum motivo especial alinhe-se para provocar reação negativa do meio social (doenças repulsiva, contagiosas ou relacionadas com comportamentos reprováveis; morte em semelhantes circunstâncias; casamentos por motivos reprováveis; gostos ou hábitos tidos como duvidosos ou excêntricos)” (EDSON FERREIRA DA SILVA, Direito à intimidade, p. 44).

⁴⁶⁴ LUCIANA MABILIA MARTINS, O direito civil à privacidade e à intimidade.

sitivos e negativos, de autodeterminação, que reflete a idéia de dignidade humana e de solidarismo⁴⁶⁵.

Resta ainda mencionar autores (Farias⁴⁶⁶, Belloque⁴⁶⁷ e Vieira⁴⁶⁸) que, filiando-se à corrente dos círculos concêntricos, identificam que os conteúdos dos direitos à intimidade e à vida privada abarcam além do desejo de ser deixado só e da autonomia de decisão sobre si mesmo enquanto centro emanador de informações, como também portador da exigência do segredo ou do sigilo das informações.

Dessa forma, pode-se entender como direito à vida privada o direito que o indivíduo tem de se recolher em um local sem as pressões e fiscalizações morais, religiosas, políticas, sociais e familiares com a finalidade de livre desenvolver sua personalidade individual e familiar, bem como de possibilitar, por vontade própria, que outros indivíduos tomem conhecimento ou participem de seus atos privados. E como direito à intimidade o direito do indivíduo restringir a um número pequeno de indivíduos o contato, o conhecimento e a divulgação da esfera da sua privacidade, incluindo uns em oposição a outros em razão da sua vontade.

⁴⁶⁵ LUCIANA MABILIA MARTINS, O direito civil à privacidade e à intimidade, p. 338-56.

⁴⁶⁶ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 140.

⁴⁶⁷ JULIANA GARCIA BELLOQUE, Sigilo bancário, p. 39-40.

⁴⁶⁸ SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos, p. 24-6.

4.2.2. Titularidade dos direitos à intimidade e à vida privada:

A análise da titularidade ativa e passiva dos direitos à intimidade e à vida privada passa, de forma direta, pela análise da titularidade dos direitos fundamentais, visto que aqueles enquanto direitos civis fundamentais são parte do conjunto dos direitos fundamentais.

Assim, para melhor se compreender a titularidade dos direitos à intimidade e à vida privada, deve-se, neste momento, apresentar-se de forma sucinta como se dá, atualmente, a titularidade ativa e passiva dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais enquanto instrumentos de proteção do indivíduo contra ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito de sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade física etc.) e enquanto meios efetivos de se assegurar as condições e os meios de efetivação da dignidade humana por meios mínimos de efetivação da dignidade humana por meio de prestações positivas devidas pelo Poder Público, faz com que surja de forma clara a tradicional identificação de que os indivíduos (enquanto pólo ativo) e Poder Público (pólo passivo)

são os sujeitos participantes da relação subsumida aos direitos fundamentais⁴⁶⁹.

Porém, pelo surgimento do Estado Social de Direito⁴⁷⁰ e pela crescente ameaça às esferas pessoais oriunda dos poderes sociais, já não se pode entender os conceitos de indivíduo e de Poder Público, enquanto sujeitos daquela relação jurídica descrita acima, no sentido e na forma tradicional⁴⁷¹. Ou seja, não se pode mais compreender os indivíduos - enquanto identificador do sujeito ativo das relações jurídicas advindas da subsunção de fatos descritos em direitos fundamentais - meramente como o conjunto dos cidadãos de uma dada sociedade ou como o conjunto de todos os indivíduos - cidadãos ou não - ou pessoas - físicas ou ju-

⁴⁶⁹ Neste sentido ver: PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 169; ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de direito constitucional*, p. 357; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de direito constitucional*, 2002, p. 258-9 e 268; INGO WOLFGANG SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, in *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado* - org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 126; GABRIEL MENNA BARRETO Von GEHLEN, *O chamado direito civil constitucional*, p. 197; PAULO AFONSO LINHARES, *Direitos fundamentais e qualidade de vida*, p. 91-2; JUDITH MARTINS-COSTA, *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil*, in *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* - org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 66; LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*, p. 88; CLAUS-WILHELM CANARIS, *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* - org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 235; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* - org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 273.

⁴⁷⁰ Neste sentido ver: INGO WOLFGANG SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 117-8.

⁴⁷¹ Neste sentido Sarmento esclarece que a "visão simplificadora e esquemática dos direitos fundamentais não tinha como sobreviver ao advento da sociedade técnica de massas, na sua enorme complexidade. No contexto da economia capitalista, o poder crescente de instâncias não-estatais como grandes empresas e associações, tornara-se uma ameaça para os direitos do homem, que não poderia ser negligenciada, exigindo que a artilharia destes titulares de direitos humanos oponíveis em face do Estado, assumem agora, em determinados contextos, a condição de sujeitos passivos de tais direitos. Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender a este domínio o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais humanitários em que eles se lastreiam". Ademais adverte Sarmento que "a ficção da igualdade jurídica entre os indivíduos, num contexto de gritantes fundamentais, a partir do dogma da autonomia privada" (DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 42).

rídicas - residentes ou não que se enquadrem como titulares ou beneficiários principais do vínculo de atributividade expresso⁴⁷² nos direitos fundamentais de uma dada ordem jurídica; bem como, não se pode mais compreender como Poder Público - enquanto identificador do sujeito passivo das relações jurídicas advindas da subsunção de fatos descritos em direitos fundamentais - somente o conjunto dos órgãos representativos do ente político-público de direito interno, isto é, como sinônimo de Estado.

Em razão disto, deve-se ter em mente que pela nova compreensão e de uma efetiva modificação da eficácia dos direitos fundamentais - aqui entendida eficácia no sentido de "âmbito", de "extensão" e de "alcance"⁴⁷³ - houve a modificação da percepção dos elementos contidos nos conjuntos identificadores dos sujeitos formalizadores das relações jurídicas dos direitos fundamentais.

Melhor dizendo, pela ampliação da dimensão da eficácia dos direitos fundamentais - de uma eficácia vertical, que visava proteger a totalidade dos indivíduos contra os abusos do Estado, para uma eficácia horizontal, que visa proteger os sujeitos de uma mesma capacidade dos abusos dos indivíduos, grupos ou entes que detenham certo poder de o-

⁴⁷² Deve-se entender o vínculo de atributividade dos direitos fundamentais seja no aspecto de que os sujeitos ativos possuem o poder de pretender ou exigir que se assegure intocável a sua esfera pessoal, seja o de poder pretender ou exigir que sejam asseguradas as condições e os meios mínimos de efetivação da dignidade humana por meio de prestações positivas.

⁴⁷³ Neste sentido ver: ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 363.

pressão àqueles - passam a ser compreendidos como sujeitos ativos da relação jurídica decorrente da subsunção de fatos aos direitos fundamentais todos e quaisquer sujeitos que se apresentem oprimidos pelo poder de um indivíduo, grupo ou ente (estes compreendidos como sujeitos passivos daquela relação)⁴⁷⁴.

Esclarece Andrade⁴⁷⁵, especificamente quanto aos novos sujeitos passivos - e em especial aos sujeitos privados - advindos da ampliação da dimensão da eficácia dos direitos fundamentais que aqueles somente farão parte desta quando forem constituídos por pessoas coletivas (ou, excepcionalmente por indivíduos) que disponham de "poder especial de carácter privado sobre (outros) indivíduos"⁴⁷⁶, porque em tais casos estar-se-á diante de uma relação de poder - e não diante de relação entre iguais -, a qual justificará a proteção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade. Admite ainda Andrade⁴⁷⁷ que

[...] o poder em causa não terá de ser necessariamente um poder jurídico, se for um poder de facto inequívoco e objectivamente determinável, como aquele que existe em *relações informais*, por exemplo, numa situação de

⁴⁷⁴ Afirma Von GEHLEN que "não deve incidir a Constituição e seus direitos fundamentais tão-somente sobre o poder público, mas pura e simplesmente sobre o poder, sem adjetivos (público-privado)" (GABRIEL MNNA BARRETO Von GEHLEN, O chamado direito civil constitucional, p. 204). Para Ubillos, "los derechos fundamentales deben protegerse, por tanto, frente al poder, sin adjetivos" (JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, p. 303).

⁴⁷⁵ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares.

⁴⁷⁶ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, p. 285.

⁴⁷⁷ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares.

monopólio de facto, de cartelização ou de oligopólio, e, além disso, de bens essenciais. Não será suficiente, em contrapartida, uma dependência psicológica subjectiva ou momentânea, embora esta possa tornar-se relevante por outra via (por exemplo, se determinar um vício da vontade na celebração de um negócio jurídico)⁴⁷⁸.

Ubillos⁴⁷⁹ também se posiciona favorável à extensão da titularidade passiva das relações jurídicas dos direitos fundamentais a outros sujeitos que não só o Estado porque entende que o contexto jurídico e político de hoje é diverso daquele do Estado liberal, o seja, a progressiva multiplicação de centros do poder privado e da enorme magnitude destes, faz com que estes representem, na atualidade, uma ameaça nada desdenhável às liberdades individuais.

Assim, passam a compor o conjunto dos sujeitos ativos - devendo-se, é claro, fazer a adequação do rol dos sujeitos à sistemática dos direitos fundamentais expressos pelas inúmeras ordens constitucionais - os indivíduos (aqui compreendidos na sua totalidade, independentemente de gênero, de origem, de cidadania, de residência e de quaisquer outros fatores) e os entes abstratos que os representem (como, por exemplo, as pessoas jurídicas⁴⁸⁰, os grupos soci-

⁴⁷⁸ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, p. 285.

⁴⁷⁹ JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, p. 301.

⁴⁸⁰ Neste sentido ver: PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, p. 165; CELSO RIBERIO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002, p. 278 e 317; LUCIANE AMARAL

ais, etc.). Enquanto que, o conjunto dos sujeitos passivos passa a ser composto pelo Estado⁴⁸¹ e por todas as pessoas coletivas de natureza pública ou que exerçam funções públicas⁴⁸², bem como pelos grupos ou indivíduos⁴⁸³ que detenham um poder especial de caráter privado sobre os outros grupos ou indivíduos⁴⁸⁴.

Em razão disto, pode-se afirmar que apesar dos sujeitos ativos da relação jurídica advinda da subsunção aos direitos fundamentais ainda gozarem dos mesmos instrumentos que gozavam os sujeitos ativos quando da formatação dos direitos fundamentais e das suas respectivas relações jurídicas, houve, nos dias atuais, uma melhor efetivação destes instrumentos pela ampliação da dimensão de sua eficácia. Isto é, os sujeitos ativos passaram a poder exigir a proteção contra ingerências em seu âmbito de esfera pessoal e a implementação de prestações positivas tendentes a assegurar as condições e os meios mínimos de efetivação de sua digni-

CORRÊA, O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução, p. 174; MIGUEL JOSÉ FARIA, Direitos fundamentais e direitos do homem, p. 111-39; MELISSA FOLMANN, Sigilo bancário e fiscal, p. 40.

⁴⁸¹ Ressalta Sarmiento que "o Estado, que apesar das múltiplas crises que enfrenta ainda é o principal garantidor dos direitos fundamentais, tem de criar novas instituições e remodelar as já existentes, sem o que não estará à altura desta que constitui a sua mais importante missão. Se os direitos fundamentais se irradiam para as relações privadas, e se cabe ao Estado protegê-los quando forem violados por terceiros, este Estado tem que estar devidamente aparelhado para desincumbir-se desta sua função. Tem de formular e implementar as políticas públicas necessárias, pois mesmo a garantia dos direitos individuais de matriz liberal não tem hoje como prescindir de comportamentos ativos do Estado para a sua salvaguarda" (DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 161).

⁴⁸² Neste sentido ver: DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 229-30.

⁴⁸³ Neste sentido ver: PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, p. 172-4; MIGUEL JOSÉ FARIA, Direitos fundamentais e direitos do homem, P. 140.

⁴⁸⁴ Esclarece Andrade que "fora destes casos, isto é, nas relações entre 'iguais', parece-nos que os particulares não devem ser considerados sujeitos passivos dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, com os deveres típicos correspondentes" (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, p. 288).

dade de todos aqueles que detenham e exerçam um poder suficientemente capaz de lhes constranger abusos e ingerências indevidas e que, por isso, também sejam capazes de efetivar as condições mínimas de dignidade dos sujeitos. Por fim, deve-se mencionar que houve, também, a admissão de outros sujeitos ativos que não somente os indivíduos e/ou os cidadãos, com, por exemplo, as pessoas jurídicas.

Em razão de tudo até aqui exposto, pode-se afirmar que, no tocante à sistemática dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988, não houve por parte do legislador constituinte uma preocupação de deixar claro sua opção pela ampliação da dimensão da eficácia dos direitos fundamentais, visto que apenas determinou que os direitos fundamentais são assegurados aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País⁴⁸⁵, não fazendo qualquer menção quanto à inclusão de outros sujeitos, tanto na qualidade de sujeitos ativos⁴⁸⁶ quanto de sujeitos passivos⁴⁸⁷ das relações advindas dos direitos fundamentais.

⁴⁸⁵ Cabendo quanto aos estrangeiros a ressalva formulada por Alexandre de Moraes de que “a expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro (RTJ 3/566), não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais” (ALEXANDRE DE MOARES, *Constituição do Brasil interpretada*, p. 172). Neste mesmo sentido, Bastos afirma que “a despeito da fórmula ampla, ainda assim cremos que ela não pode ser entendida na sua literalidade, sob pena de ficarmos em muitas hipóteses aquém do que pretendeu o constituinte” (CELSONO RIBEIRO BASTOS, *Curso de direito constitucional*, 2001, p. 186). Araujo e Nunes Júnior deixam claro que “a interpretação sistemática e finalística do texto constitucional não deixa dúvidas de que os direitos fundamentais destinam-se a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou situação no Brasil” (LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Curso de direito constitucional*, p. 89).

⁴⁸⁶ Adverte Alexandre de Moraes que “os direitos enunciados e garantidos pela Constituição são de brasileiros, pessoas físicas e jurídicas” porque, segundo aquele autor, na sistemática constitucional de 1988, “as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois reconhece-se às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos” (ALEXANDRE DE MOARES, *Constituição do Brasil interpretada*, p. 172). Bastos prefere crer que “é de pequeno alcance, ao nosso

Transpassadas essas análises iniciais referentes aos titulares dos direitos fundamentais, cabe, neste momento, a análise do objeto deste tópico, ou seja, a identificação da titularidade dos direitos à intimidade e à vida privada.

São titulares ativos do direito à intimidade, assim, todos os sujeitos que, possuindo um conjunto de fatos e atos relacionados à sua esfera privada da personalidade, possam restringir o contato, o conhecimento e a divulgação da esfera de sua personalidade a um número pequeno de indivíduos, incluindo uns em oposição a outros em razão da sua vontade. Enquanto que são titulares ativos do direito à vida privada, todos os sujeitos que, possuindo fatos e atos da esfera privada da personalidade, possam se recolher em um local sem as pressões e fiscalizações morais, religiosas, políticas, sociais e familiares com a finalidade de

ver, a discussão em torno do ponto de saber se estes direitos são diferidos às pessoas físicas, ou, também, às jurídicas. Mais uma vez, aqui, quer-nos parecer que o Texto disse menos do que pretendia. A tomá-lo na sua literalidade seria forçoso convir que ele só beneficiaria as pessoas físicas. Mas, novamente, estaríamos diante de uma interpretação absurda. Em muitas hipóteses a proteção última ao indivíduo só se dá por meio da proteção que se confere às próprias pessoas jurídicas" (CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2001, p. 186). Ressalta Corrêa que no sistema da Constituição Federal de 1988, também as pessoas jurídicas de direito público são sujeitos de direitos fundamentais, "contanto que compatíveis com sua natureza e finalidade, da mesma forma que ocorre com as demais pessoas jurídicas" (LUCIANE AMARAL CORRÊA, O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução, p. 179).

⁴⁸⁷ De acordo com Sarlet, "ao contrário da Constituição Portuguesa de 1976, que, em seu art. 18/1, consagrou expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, a nossa Constituição de 1988 sequer previu, a despeito de consagrar o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º)" (INGO WOLFGANG SARLET, Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p. 120). Neste mesmo sentido, Andrade ressalta que "a Constituição portuguesa de 1976, ao reфир a força jurídica dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, afirma que eles vinculam 'entidades públicas e privadas'" (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, p. 271).

livre desenvolver sua personalidade, bem como possam, também, possibilitar, por vontade própria, que outros sujeitos tomem conhecimento ou participem de seus atos privados.

Admitem-se, assim, todos e quaisquer sujeitos como titulares dos direitos à intimidade e à vida privada desde que possuam atos e fatos privados relacionados com a sua personalidade, e que possam opor o conhecimento destes aos outros sujeitos que não os permitidos por aqueles. Logo, podem ser sujeitos ativos dos direitos à intimidade e à vida privada os indivíduos, a família e, até mesmo, os entes jurídico-abstratos que lhes representem⁴⁸⁸.

Enquanto que, podem-se identificar como titulares passivos dos direitos à intimidade e à vida privada os sujeitos que, estando impedidos de tomarem conhecimento dos atos e fatos relacionados com a intimidade e com a vida privada de determinados indivíduos, tem o dever de preservar, respeitar e não interferir no exercício daqueles direitos. Em razão disto, podem ser titulares passivos dos direitos à intimidade e à vida privada os indivíduos, os demais membros da família⁴⁸⁹, a sociedade, os entes jurídico-abstratos que lhe representem e, também, o Estado.

⁴⁸⁸ Neste sentido ver: JULIANA GARCIA BELLOQUE, Sigilo bancário, p. 34-5; CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, A Constituição aberta e os direitos fundamentais, p. 536-8.

⁴⁸⁹ Neste sentido ver: DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 223.

Justifica-se a titularidade passiva dos indivíduos, dos demais membros da família, da sociedade e dos entes abstratos que lhes representam por entender que estes sujeitos gozam, em certa medida, de um poder especial sobre a intimidade e a vida privada dos indivíduos.

Ademais, deve-se concordar com Sarmento⁴⁹⁰ e com Ubillos⁴⁹¹ de que, mesmo não existindo uma relação desigual entre as partes, devem os direitos à intimidade e à vida privada serem opostos aos demais sujeitos particulares como forma de proteger e assegurar a dignidade humana contida na intimidade e na vida privada de seus sujeitos. Ou seja, a aplicabilidade dos direitos fundamentais, e em especial dos direitos à intimidade e à vida privada, aos particulares visa, além de igualar situações de clara superioridade fática, também, proteger e assegurar o respeito ao valor absoluto da dignidade humana⁴⁹², como "núcleo intangible e indisponible que debe ser preservado frente cualquier agresión"⁴⁹³.

Especificamente no tocante ao sistema brasileiro de proteção constitucional da intimidade e da vida privada, afirma-se que somente as pessoas, físicas ou jurídicas, são sujeitos ativos dos direitos à intimidade e à vida privada

⁴⁹⁰ DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 289.

⁴⁹¹ JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*

⁴⁹² Neste sentido ver: DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 239.

⁴⁹³ JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, p. 334.

- afastou-se, assim, a possibilidade da família ser titular do direito à vida privada; enquanto que, são sujeitos passivos dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada tanto o Estado, pela sistemática constitucional⁴⁹⁴, quanto os demais sujeitos acima descritos, pela sistemática jurisprudencial⁴⁹⁵.

4.2.3. *Da resolução dos conflitos entre os direitos à intimidade e à vida privada e os demais direitos fundamentais e os bens constitucionais:*

A resolução dos conflitos entre os direitos à intimidade e à vida privada e os demais direitos fundamentais e valores constitucionalmente protegidos passa pela mesma sistemática aplicada aos demais direitos fundamentais, porque as regras aplicadas aos direitos fundamentais para resolução dos conflitos também poderão ser empregues para a resolução dos conflitos envolvendo os direitos à intimidade e à privacidade.

Porém, para que se perceba como se dá a resolução dos conflitos envolvendo os direitos à intimidade e à vida

⁴⁹⁴ Neste sentido ver: INGO WOLFGANG SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 139-40.

⁴⁹⁵ Neste sentido ver: PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 180; DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 294.

privada, eleva-se a condição sine qua non a compreensão das formas de conflitos dos direitos fundamentais, porque o conhecimento de como se dão tais conflitos pode, pelo menos em tese, ajudar na formulação de mecanismos tendentes a solucionar os conflitos envolventes daqueles.

Em razão disto, passar-se-á a analisar as formas de conflito e de colisões dos direitos fundamentais.

Farias⁴⁹⁶ afirma que a colisão entre direitos fundamentais se dá tanto por meio da colisão do exercício de um direito fundamental com o exercício de outro direito fundamental, quanto quando o "exercício de um direito fundamental conflita com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente")⁴⁹⁷.

Segundo Mendes⁴⁹⁸ os conflitos de direitos fundamentais seriam espécies de colisões entre esses direitos, sendo que há colisão entre direitos fundamentais quando é possível identificar o exercício oposto de direitos fundamentais por diferentes titulares, e, conflitos quando há colisão entre direitos fundamentais de um indivíduo e bens jurídicos da comunidade. Entretanto, adverte Mendes⁴⁹⁹ que

⁴⁹⁶ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.

⁴⁹⁷ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 116-7.

⁴⁹⁸ GILMAR FERREIRA MENDES, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 280.

⁴⁹⁹ GILMAR FERREIRA MENDES, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, p. 311-2.

ainda é possível que haja, ao lado das colisões e dos conflitos, concorrência entre os direitos fundamentais, ou seja, que uma determinada conduta ou situação seja subsumida no âmbito de proteção de diversos direitos fundamentais.

Em sentido similar ao de Mendes⁵⁰⁰, Steinmetz⁵⁰¹ adota posição de que os direitos fundamentais podem sofrer colisão por meio de concorrência de direitos fundamentais (quando não há uma pluralidade de direitos fundamentais para subsumir a conduta ou comportamento de um único titular), por meio de conflito (quando há a contraposição entre bens jurídicos constitucionais e direitos fundamentais, por causa da contradição ou do prejuízo daquele pelo exercício deste) e colisão de direitos fundamentais (quando o exercício de um direito fundamental por um indivíduo impede o exercício de outro direito fundamental por parte de outro indivíduo)⁵⁰².

Farias⁵⁰³ adota posicionamento similar ao de Mendes⁵⁰⁴, porém restringe-se a afirmar que a colisão entre direitos fundamentais se dá tanto por meio da colisão do exercício de um direito fundamental com o exercício de outro direito fundamental, quanto quando o "exercício de um di-

⁵⁰⁰ GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 280.

⁵⁰¹ WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁵⁰² WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 64-5.

⁵⁰³ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*.

⁵⁰⁴ GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 280.

reito fundamental conflita com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente")⁵⁰⁵.

Clève e Freire⁵⁰⁶ preferem crer que os direitos fundamentais entram em conflito em situações especiais, a saber: "nas hipóteses de concorrência de direitos fundamentais e de colisões de direitos fundamentais ou envolvendo direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional"⁵⁰⁷. Sendo que, para Clève e Freire⁵⁰⁸ se dá a concorrência entre direitos fundamentais quando um comportamento de um mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais; os conflitos, quando o exercício de direito fundamental ocasiona prejuízo a um bem protegido constitucionalmente (aqui entendidos como aqueles em que a Constituição elegeu "como dignos de especial reconhecimento e proteção")⁵⁰⁹.

Ressalta ainda Mendes⁵¹⁰ que a doutrina entende que existem duas modalidades de colisão, a saber: em sentido amplo e em sentido estrito. Estas ocorrem quando há confli-

⁵⁰⁵ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 116-7.

⁵⁰⁶ CLÉRMERSON MERLIN CLÈVE e ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRA, Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais, in Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁰⁷ CLÉRMERSON MERLIN CLÈVE e ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRA, Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais, p. 232.

⁵⁰⁸ CLÉRMERSON MERLIN CLÈVE e ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRA, Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais.

⁵⁰⁹ CLÉRMERSON MERLIN CLÈVE e ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRA, Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais, p. 232-3.

⁵¹⁰ GILMAR FERREIRA MENDES, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.

tos entre direitos fundamentais (independentemente destes serem idênticos ou diversos), enquanto que aquelas, quando os conflitos se dão entre "direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade"⁵¹¹.

Destarte, pela análise dos posicionamentos doutrinários, verificou-se que os direitos fundamentais, e também os direitos à intimidade e à vida privada, podem colidir, em sentido amplo, com outros direitos fundamentais do mesmo titular, com outros direitos fundamentais de outros titulares e com outros bens constitucionalmente assegurados.

Transposta a análise das formas como se dão os conflitos envolvendo os direitos fundamentais e, conseqüentemente, os direitos à intimidade e à vida privada, cabe agora a verificação de como a doutrina entende que tais conflitos possam ser solucionados.

Quanto às formulas empregues para solucionar os casos de eventuais colisões, Mendes⁵¹² afirma que se pode tentar solucionar esses conflitos pela fixação de uma hierarquia entre os direitos fundamentais porque "não se pode negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem

⁵¹¹ GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p 281-2.

⁵¹² GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*.

constitucional”⁵¹³, apesar de que não se poderia fixar tal hierarquia, segundo Mendes⁵¹⁴, de forma rigorosa sobre a hipótese de se desfigurar por completo os direitos fundamentais e a Constituição, enquanto complexo normativo unitário e harmônico.

Segundo Flach⁵¹⁵ os conflitos entre bens jurídicos de relevo constitucional e os direitos fundamentais podem ser resolvidos pelo princípio da ponderação, o qual “poderá permitir a adequada valoração e a determinação, em concreto, dos limites e conteúdos dos direitos fundamentais implicados”⁵¹⁶.

Clève e Freire⁵¹⁷ advogam a mesma opinião de Flach⁵¹⁸, porém os mencionados autores ampliam esta porque entende que a ponderação é hábil a proporcionar, também, a resolução das colisões entre direitos fundamentais. Todavia, afirmam ainda Clève e Freire⁵¹⁹ que por meio da “topografia do conflito” o intérprete poderá, utilizando-se da razoabilidade para aferir o conteúdo valorativo dos interes-

⁵¹³ GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 283.

⁵¹⁴ GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*.

⁵¹⁵ DAISSON FLACH, *O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação*.

⁵¹⁶ DAISSON FLACH, *O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação*, p. 389-90.

⁵¹⁷ CLÉRMERSON MERLIN CLÈVE e ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRA, *Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais*, p. 241.

⁵¹⁸ DAISSON FLACH, *O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação*.

⁵¹⁹ CLÉRMERSON MERLIN CLÈVE e ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRA, *Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais*.

ses pretensamente invocados, "checar as áreas pertencentes ao âmbito normativo dos bens envolvidos no conflito"⁵²⁰.

Farias⁵²¹ adverte que os conflitos entre direitos fundamentais podem ser solucionados pela compressão dos direitos restringíveis, pela regulamentação de sua reserva de lei, desde que respeitados os requisitos (como, por exemplo, o núcleo essencial); e pela decisão dos juízes ou tribunais, quando os direitos em conflito não forem restringíveis⁵²². Todavia, admite ainda Farias⁵²³ que sejam aplicados aos direitos fundamentais, em razão destes possuírem essencialmente características de princípios, a ponderação dos pesos ou da importância relativa de cada princípio (por meio dos princípios da unidade da Constituição, da concórdia prática e da proporcionalidade), tendo, ainda, no caso concreto, que resolver "a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo"⁵²⁴.

Ressalva Steinmetz⁵²⁵ que apesar da via jurisdicional ser a mais atuante na resolução dos conflitos entre direitos fundamentais (isto, principalmente em razão do prin-

⁵²⁰ CLÈRMERSON MERLIN CLÈVE e ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRA, Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais, p. 241.

⁵²¹ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 118-9.

⁵²² EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 118-9.

⁵²³ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.

⁵²⁴ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 120-2.

⁵²⁵ WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.

cípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; porque a colisão sempre se dá em caso concreto, e; porque por mais regras que os legisladores constituinte e ordinário estabeleçam tendentes a prevenir e solucionar conflitos entre direitos fundamentais, sempre existirão situações fáticas não cobertas por aquelas), não se pode afastar a possibilidade de tais conflitos serem solucionados pela via legislativa, mediante previsão de regras de solução aplicáveis a casos previamente concretizados.

Em outro sentido, Fagundes Júnior⁵²⁶ afirma que quando houver colisão entre direitos fundamentais caberá ao operador (interprete/aplicador), diante do caso concreto, confirmar ou não a prevalência da dignidade humana, levando sempre em consideração as metas fixadas pela Constituição Federal e, principalmente, visando a necessidade de se "constituir uma sociedade livre, justa e solidária".

Têm-se, por tudo isso, que são inúmeras as formas de resolução dos conflitos envolvendo os direitos fundamentais. Não se apresenta uma forma mais correta, cada forma de resolução deve ser ponderada, em razão do caso concreto, para aferir qual a melhor para resolver o conflito entre os direitos fundamentais e, também, entre os conflitos envolvendo os direitos à intimidade e à vida privada.

⁵²⁶ JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais.

4.2.3.1. Do conflito envolvendo os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada e a liberdade de imprensa:

Deve-se estudar tal conflito entre direitos fundamentais porque, segundo Mendes⁵²⁷, a colisão entre direitos fundamentais diversos que mais assume relevo no sistema constitucional é a que se dá entre a liberdade de opinião, de imprensa ou liberdade artística, de um lado, e o direito à honra, à privacidade e à intimidade, de outro⁵²⁸.

Afirmam Castro⁵²⁹ e Flach⁵³⁰, apesar do posicionamento de Nunes⁵³¹, que tanto o direito à privacidade quanto o direito à liberdade de comunicação e seus veículos decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, e, que por tais direitos se põe no meio do debate a questão da fronteira do que é público e do que é privado, do que pode ou não pode ser mostrado.

⁵²⁷ GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 281-2.

⁵²⁸ Neste sentido ver: ROSANE HEINECK SCHMITT, *Direito à informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade*, p. 213; MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, *O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado*, p. 326.

⁵²⁹ CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, p. 530.

⁵³⁰ DAISSON FLACH, *O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação*, p. 376.

⁵³¹ Segundo Nunes somente os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem são decorrentes do princípio da dignidade humana, afasta, assim, a aplicabilidade desta como fundamento das liberdades de imprensa e de informação (RIZZATTO NUNES, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*, p. 56).

Bodin de Moraes⁵³², ao contrário de Jabur⁵³³, firma posicionamento favorável à idéia de que o interesse coletivo encontra-se, juridicamente, em nível superior ao interesse individual, como, por exemplo, pela prevalência do direito à informação (interesse público) quando conflitado com o direito à intimidade (interesse particular).

Neste mesmo sentido, Flach⁵³⁴ também entende que o conteúdo essencial do direito à intimidade será sempre relativo quando contraposto ao direito à informação, por entender que

[...] a tarefa de ponderação deve levar em conta que os bens jurídicos constitucionais encontram-se mútua e reciprocamente condicionados, visto que o seu 'conteúdo essencial' não tem dimensão abstrata, independente dos critérios hermenêuticos, do juízo valorativo do intérprete, nem está apto a significar uma medida determinada em si mesma, separada da totalidade da Constituição. Da mesma forma, é imperativo que tenhamos em mente que tal 'relatividade' do direito à intimidade deverá ter resguardada a sua natureza constitucional e fundamental, mormente na interpretação realizada em função do controle da constitucionalidade dos atos de

⁵³² MARIA CELINA BODIN DE MORAES, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, p. 129.

⁵³³ Adverte Jabur que "a coexistência de ambas garantias num mesmo escalão constitucional revela, ao contrário do que pode parecer mediante exame singelo, que o legislador estava perfeitamente cômico da equiparação que promoveu, persuadido do exato conteúdo que atribuiu a um e a outro direito. Não lhes brindou, por isso, com o estigma da absolutez, porque tal marca, exagerada e incompatível com o sistema jurídico aberto, ergueria a supremacia de um direito em desproveito de outro, derrocando, assim, um dos pilares dos regimes civilizados e democráticos ou uma das formas de expressão da dignidade humana, não menos preciosa ao Estado Democrático de Direito, frise-se bem" (GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade, p. 162, 192 e 332)..

⁵³⁴ DAISSON FLACH, O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação.

poder e até dos demais sujeitos privados, não se podendo admitir a invocação de uma correlatividade que se afastasse do sistema, formal e material, da Constituição⁵³⁵.

Diferentemente de Flach⁵³⁶, Rosane Schmitt⁵³⁷, apesar de considerar que no caso brasileiro há uma tendência de priorizar-se o direito à informação em detrimento ao direito à intimidade⁵³⁸, afirma que não se pode estabelecer um modelo engessado, pelo contrário, deve o exame dessas situações ser pontual, específico para cada caso concreto; Rosane Schmitt⁵³⁹ afirma que se deve, sempre, ponderar as questões envolvidas porque, apesar da liberdade de imprensa ser uma liberdade ampla, a liberdade de expressão, de informação é restringida sempre em face dos incisos IV, V, X, XIII e XIV, do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Por causa disto, afirma Rosane Schmitt⁵⁴⁰ que a imprensa deve sempre preservar os valores éticos comuns vigentes na sociedade e respeitar o direito à intimidade, tanto da pessoa envolvida na matéria quanto das pessoas que recebem a matéria (estas porque não tem obrigação de serem atingidas pela veiculação de péssimas notícias ou pela distorção das informações).

⁵³⁵ DAISSON FLACH, O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação, p. 389-90.

⁵³⁶ DAISSON FLACH, O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação.

⁵³⁷ ROSANE HEINECK SCHMITT, Direito à informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade.

⁵³⁸ Neste sentido ver: JAYME WEINGARTNER NETO, Honra, privacidade e liberdade de imprensa, p. 147.

⁵³⁹ ROSANE HEINECK SCHMITT, Direito à informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade.

⁵⁴⁰ ROSANE HEINECK SCHMITT, Direito à informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade.

Jabur⁵⁴¹, Godoy⁵⁴² e Luciana Martins⁵⁴³, igualmente a Rosane Schmitt⁵⁴⁴, também se posicionam favoráveis a idéia de que a liberdade de informação e o direito à intimidade “devem gozar de um mesmo nível de proteção, em abstrato, para, de acordo com as circunstâncias concretas, prevalecer um ou outro”⁵⁴⁵. Contudo, cabe frisar que a prevalência de um direito sobre o outro deve ser realizada através da técnica do *ad hoc balancing* ou do *balancing*, ou melhor, pela ponderação das circunstâncias por meio da proporcionalidade em sentido estrito.

Farias⁵⁴⁶ adverte que devem coexistir lado a lado os direitos à intimidade e às liberdades de informação e de imprensa, devendo, contudo, serem preservados os fatos relacionados à privacidade do conhecimento do indiscriminado do público, bem como o núcleo essencial das próprias liberdades de imprensa e de informação, por meio da impossibilidade de ser restringida por outros direitos ou bens constitucionais.

Neste sentido, deve-se concordar com Warren e Brandeis⁵⁴⁷ de que “el derecho a la intimidad no impide la

⁵⁴¹ GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade, p. 162.

⁵⁴² CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, p. 66.

⁵⁴³ LUCIANA MABILIA MARTINS, O direito civil à privacidade e à intimidade.

⁵⁴⁴ ROSANE HEINECK SCHMITT, Direito à informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade.

⁵⁴⁵ LUCIANA MABILIA MARTINS, O direito civil à privacidade e à intimidade, p. 348-9.

⁵⁴⁶ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 171.

⁵⁴⁷ SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, El derecho a la intimidad.

publicación de aquello que es de interés público o general"⁵⁴⁸.

Bem como, não se pode desconsiderar a ressalva realizada por Jabur⁵⁴⁹ de que "a pessoa notória tem sua circunscrição privada naturalmente diminuída pelo reconhecimento que alcançou perante o público ou certa comunidade"⁵⁵⁰, ou, a de Nunes Júnior⁵⁵¹ de que "não se afirma que a pessoa pública não possua intimidade, mas sim que a sua esfera de vida privada ou íntima é mais restrita que a do indivíduo comum", porque é a notoriedade faz com que "a impossibilidade de vetar as intrusões de sua esfera íntima" cresça ou diminua "na mesma proporção do aumento ou da redução de sua determinada projeção"⁵⁵², o que não impede que seja discutível a invasão da esfera íntima daquelas quanto ao seu interesse público⁵⁵³.

De outro lado, Souza⁵⁵⁴ afirma que "ninguém pode ser constrangido a informar sobre sua privacidade"⁵⁵⁵, e, que a privacidade das pessoas pode ser utilizada para, por meio

⁵⁴⁸ SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, El derecho a la intimidad, p. 62.

⁵⁴⁹ GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade.

⁵⁵⁰ GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade, p. 287.

⁵⁵¹ VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística.

⁵⁵² GILBERTO HADDAD JABUR, Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade, p. 287.

⁵⁵³ Neste sentido ver: EDSON FERREIRA DA SILVA, Direito à intimidade, p. 56; JULIANA GARCIA BELLOQUE, Sigilo bancário, p. 53; CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, p. 80-3.

⁵⁵⁴ MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado.

⁵⁵⁵ MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado, p. 313.

do chamado "droit d'être oublié", implementar um silêncio definitivo sobre o seu passado, por meio do impedimento à divulgação de informações sobre fatos referentes ao passado do indivíduo que não tenham interesse atual de divulgação.

Neste mesmo sentido, Sérgio da Cunha⁵⁵⁶ e Castro⁵⁵⁷ afirmam que a interferência estatal na intimidade é inadmissível⁵⁵⁸.

Quanto à resolução do conflito entre às liberdades de informação e de imprensa e os direitos à intimidade e à vida privada, Nunes Júnior⁵⁵⁹ admite que aquela pode ser resolvida: ou pelo regime de exclusão (o qual apregoa um valor absoluto aos direitos à intimidade e à privacidade, enquanto ligados à personalidade do indivíduo), ou pela necessária ponderação (a qual afirma que quando da colisão entre o direito à crítica e os direitos à intimidade e à vida privada, o mais acertado seria a necessária e casuística ponderação entre os direitos), ou, também, pela con-

⁵⁵⁶ SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, Limites ao poder do Estado (ensaio de determinação do direito na perspectiva dos direitos fundamentais, in Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São paulo: Malheiros, 2003..

⁵⁵⁷ CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, A Constituição aberta e os direitos fundamentais, p. 530.

⁵⁵⁸ Adverte Castro que "no que concerne especialmente ao direito à informação, a intimidade alheia foi encarada, ainda que em dimensão última, como a derradeira cidadela do indivíduo, cuja indevassabilidade abriga-se à sombra protetora da Constituição e inclui-se no conjunto dos direitos fundamentais atinentes à personalidade do homem e da mulher. A não ser assim, a ampliação extremada do direito a ser informado e de transmitir informações importaria na possibilidade de se desvendar, com o suporte da cogência suprema da Constituição, o território mais recônditos seres humanos, capaz, por isso mesmo, de ser sonogado ao conhecimento geral, por decisão própria e insubtraível de cada pessoa. Por essa razão, a privacidade constitui a contraface da informação arbitrária, que se desqualifica no plano da juridicidade exatamente pela tônica da exorbitância ou, se se preferir, do abuso de direito. É um mecanismo de defesa da personalidade humana contra indiscrições ou intromissões alheias" (CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, A Constituição aberta e os direitos fundamentais, p. 530).

⁵⁵⁹ VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística, p. 85-7.

corrência normativa (o qual fixa como preponderante o direito à crítica aos direitos à intimidade e à vida privada).

Castro⁵⁶⁰ afirma que as aparentes antinomias entre o direito à informação e os direitos timidade e à vida privada devem ser solucionadas seja pela via da compreensão dos limites imanescentes ou do domínio normativo reservado a cada um daqueles direitos, seja pela via de mecanismos exe-géticos e conciliadores que resguardem a unidade constitu-cional.

Por outro lado, Farias⁵⁶¹ afirma que os possíveis conflitos advindos do choque entre o direito à intimidade e as liberdades de informação e de imprensa devem sempre ser solucionados por meio da análise do caso concreto em esfera jurisdicional, a qual estabelecerá, pelos critérios da pro-porcionalidade e da concordância prática, os limites reais de aplicação daqueles⁵⁶².

Por fim, cabe, ainda, a análise da ressalva reali-zada por Nunes Júnior⁵⁶³ de que quando existirem "fatos rela-cionados a uma pessoa cuja atividade, por afetar uma grande

⁵⁶⁰ CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, A Constituição aberta e os direitos fundamentais, p. 532.

⁵⁶¹ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.

⁵⁶² Acresce ainda Nunes quanto à resolução dos conflitos, que é a dignidade humana – via proporcionalidade, que servirá para identificando os limites e interesses postos, dar uma solução aos conflitos envolvendo os direitos à intimidade e à vida privada (RIZZATTO NUNES, O princípio constitucional da dignidade da pessoa huma-na: doutrina e jurisprudência, p. 56).

⁵⁶³ VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística.

gama de cidadãos, a coloque sob o interesse público", quando "pessoas que tenham buscado publicidade, de tal modo que, uma vez alcançada, não teriam o direito a repugná-la", e, quando constituírem-se "fatos de interesse geral, cujo conhecimento seja necessário à participação individual na vida coletiva"⁵⁶⁴, não a de se levantar a oposição dos direitos à privacidade e à vida privada aos direitos de informação e de liberdade de imprensa; nos demais, prevalece aqueles em face destes.

Concorda-se em parte com Nunes Júnior⁵⁶⁵ na medida em que, também, se admite como correto que os direitos à privacidade e à intimidade devem prevalecer sobre os direitos à informação e à liberdade de imprensa, ressalvando-se, somente os casos de fatos de interesse geral, os quais devem ser informados à sociedade, mesmo que contrário à intimidade e à vida privada de uns e outros indivíduos; porém, mesmos estes devem ser ponderados no caso concreto, para que seja verificada a real necessidade de afronta daqueles direitos.

4.2.4. Das garantias conexas aos direitos à intimidade e à vida privada:

⁵⁶⁴ VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística, p. 93.

⁵⁶⁵ VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística.

Levando-se em consideração que ao lado dos direitos fundamentais expressos nas Cartas constitucionais surge, também, as devidas garantias que visam a proteger e assegurar o conteúdo daqueles, bem como as garantias sistêmicas (ou, na melhor expressão constitucional, as garantias institucionais) que visam manter intactos os valores fundantes da ordem jurídica e, conseqüentemente, da ordem constitucional.

Dessa forma, cabe, neste tópico, a análise das garantias que visam assegurar e efetivar a intimidade e a vida privada dos indivíduos, apesar de se reconhecer, nos termos de Bastos⁵⁶⁶, que é difícil estabelecer um rol de garantias àqueles direitos porque "cada época dá lugar a um tipo específico de privacidade"⁵⁶⁷, o que importa em formas específicas de garantia.

4.2.4.1. Garantias institucionais aplicáveis aos direitos à intimidade e à vida privada:

Conforme demonstrado em momento propício nesta dissertação, as garantias institucionais são os meios assecuratórios dispostos pelo sistema para proteger e, conse-

⁵⁶⁶ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002.

⁵⁶⁷ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002, p. 341.

qüentemente, efetivar institutos e instituições relacionadas com a estabilidade do sistema constitucional.

Inúmeras são as garantias institucionais que visam proteger e efetivar a intimidade e a vida privada dos indivíduos. Dentre essas se podem citar os institutos e instituições da dignidade humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da Sociedade, da família, da liberdade de imprensa responsável, da Imprensa etc.

4.2.4.2. Garantias constitucionais aplicáveis aos direitos à intimidade e à vida privada:

Conforme explicitado no tópico anterior onde se analisou mais detidamente o conjunto das garantias, pode-se afirmar que as garantias constitucionais são instrumentos, positivos ou negativos, específicos de proteção e de reintegração de direitos quando violados, a fim de manter a eficácia dos direitos fundamentais, ou seja, são todos os instrumentos empregues pela sistemática normativa tendentes a assegurar o conteúdo dos direitos fundamentais, seja pela fixação de limites à atuação do Poder Público, seja pela prescrição de direitos subjetivos conexos empregues à manutenção intacta e à efetivação de um dado direito fundamental.

Dentre as inúmeras garantias constitucionais fixadas nas Cartas constitucionais como forma de manter intactos os direitos à intimidade e à vida privada, pode-se citar:

C. Inviolabilidade do domicílio enquanto local privado:

Conforme mencionado no capítulo primeiro desta dissertação o indivíduo na sociedade moderna se viu forçado, em razão da crescente urbanização da sociedade, a conviver num espaço reduzido com um número imenso de outros indivíduos, o que possibilitou que estes se refugassem em locais fechados, de pouco contato com os demais membros da sociedade, a fim de aumentar a necessidade de preservação da intimidade a qualquer custo.

Tal local fechado foi durante muito tempo relacionado ao domicílio do indivíduo, este como sendo o local sagrado onde o indivíduo poderia viver de forma livre, sem se ajustar às pressões sociais, às regras de convivência e à moral, ou seja, o domicílio era o local fechado de moradia dos indivíduos, onde estes podiam gozar plenamente sua intimidade e sua vida privada.

Destarte, constituiu-se a garantia de inviolabilidade do domicílio como forma de manter e preservar a propriedade⁵⁶⁸, a segurança dos indivíduos e a intimidade e a vida privada dos indivíduos⁵⁶⁹, ou, nos termos de Tavares⁵⁷⁰, como forma de assegurar ao indivíduo "um local dentro do qual pode exercer livremente sua privacidade, sem que seja importunado ou tenha de expor-se, em seu comportamento, ao conhecimento público"⁵⁷¹.

Bastos⁵⁷² também firma posição pela admissão de que o domicílio é uma garantia de proteção da intimidade e da vida privada dos indivíduos porque entende que no domicílio há "um desdobramento da própria personalidade" quando da conformação do domicílio segundo os valores, gostos e psicologia de cada um. Além do que, a casa ou o domicílio é "um dos poucos recintos em que ainda é possível assegurar a intimidade"⁵⁷³.

Mais especificamente, pela garantia da inviolabilidade do domicílio passou a se proteger os fatos ou atos ligados à intimidade e à vida privada dos moradores das residências pela proibição de torná-los compulsoriamente pú-

⁵⁶⁸ Neste sentido ver: DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI, *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, p. 94 e ss.

⁵⁶⁹ Neste sentido ver: SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos eletrônicos*, p. 60.

⁵⁷⁰ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de direito constitucional*.

⁵⁷¹ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de direito constitucional*, p. 438.

⁵⁷² CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de direito constitucional*, 2002.

⁵⁷³ CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de direito constitucional*, 2002, p. 346-7.

blicos pelo conhecimento, mesmo que superficial, e divulgação sem permissão daqueles por outros indivíduos que não os diretamente relacionados àqueles fatos ou atos; bem como, pela garantia aos residentes de que em suas moradias os indivíduos pudessem viver a sua forma real ou mais livre de personalidade, sem as máscaras usadas no convívio social.

Em razão disto, Fagundes Júnior⁵⁷⁴ conclui que a instituição do domicílio, como asilo inviolável do indivíduo, configura, enquanto extensão lógica conferida a essa proteção, que o homem tem o direito fundamental a um lugar em que, isolado ou com sua família, poderá gozar de uma "esfera jurídica que lhe assegure a mais completa e ampla vida privada e íntima, que, portanto, deverá ser respeitada, como sagrada manifestação da pessoa humana"⁵⁷⁵.

Todavia, em razão de modificações sociais, tal garantia deve ser entendida atualmente em sentido amplo.

Deve, primeiramente, tal garantia proteger, de acordo com Tavares⁵⁷⁶, não só mais os assuntos íntimos ou pessoais relacionados à vida familiar, doméstica ou particular que digam respeito a fatos, atos, hábitos, pensamentos, segredos, atitudes e planos de vida do indivíduo ou de sua

⁵⁷⁴ JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais.

⁵⁷⁵ JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais, p. 27.

⁵⁷⁶ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional.

família, mas também a garantia de exercício, sem o conhecimento dos demais membros da sociedade, de uma profissão; porque o exercício de uma profissão (como, por exemplo, a prostituição) pode está diretamente relacionada à intimidade e à vida privada de uma pessoa, requerendo, conseqüentemente, o não conhecimento dos demais indivíduos.

Ademais deve se ampliar a garantia de proteção da intimidade e da vida privada pela inviolabilidade do domicílio - de acordo com Tavares⁵⁷⁷, Grotti⁵⁷⁸ e com Bastos⁵⁷⁹, pela ampliação do entendimento do que seja domicílio ou casa. Deve-se entender o domicílio ou a casa não mais como o local privado de residência do indivíduo ou de uma família, mas sim como todo local privado onde o indivíduo exerça a sua privacidade, sua intimidade ou sua vida privada⁵⁸⁰. Em razão disto, a ampliação do conceito de domicílio ou de casa deve compreender além do conceito físico destes, também o local de trabalho, o clube recreativo ou o local de lazer. Ou, mais especificamente, nas palavras de Grotti⁵⁸¹, todos e quaisquer lugares,

[...] mesmo que precários e meramente ocasionais, nos quais seja fixada uma moradia privada, mas também aqueles para os quais com maior freqüência no passado foram encontradas as incertezas doutrinárias e juris-

⁵⁷⁷ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 438.

⁵⁷⁸ DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI, Inviolabilidade do domicílio na Constituição, p. 68-9.

⁵⁷⁹ CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de direito constitucional, 2002, p. 341.

⁵⁸⁰ Neste sentido ver: LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Curso de direito constitucional, p. 114.

⁵⁸¹ DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI, Inviolabilidade do domicílio na Constituição.

prudenciais, como é o caso das sedes de associações de qualquer natureza, dos estabelecimentos industriais e até do próprio automóvel⁵⁸².

Neste sentido, concorda-se com Sampaio⁵⁸³ de que

[...] advoga-se um conceito ainda mais amplo para efeito de tutela constitucional: transparece a nota da exclusividade, de não intromissão em relação a todos, de resguardo da intimidade; não importa a definitividade ou simples carga temporária de exclusão; assim, os teatros, clubes, rendez-vous, lojas bares, restaurantes e mercados se acham garantidos pelo princípio em comento, desde o momento em que cerrem as suas portas e neles haja domicílio também não se exige que sejam fixos ao solo⁵⁸⁴.

Porém, deve-se ressaltar que ainda tal posição não é amplamente aceita; apesar de, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal ter ampliado o entendimento do que seja "casa", admitindo a inclusão neste termo de outros locais que não somente a residência, como, por exemplo, o local de trabalho.

Ademais, deve-se ressaltar que, apesar do posicionamento de Grotti⁵⁸⁵, ainda existem, na Constituição brasileira de 1988, dificuldades de interpretação decorrentes de

⁵⁸² DINORÁ ADELAIDE MUsETTI GROTTI, Inviolabilidade do domicílio na Constituição, p. 71.

⁵⁸³ JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, Direito à intimidade e à vida privada.

⁵⁸⁴ JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, Direito à intimidade e à vida privada, p. 471-2.

⁵⁸⁵ DINORÁ ADELAIDE MUsETTI GROTTI, Inviolabilidade do domicílio na Constituição, p. 65-6.

confusões de conceitos jurídicos, porque apesar daquela ter previsto que a casa, ao invés do domicílio, é o asilo inviolável do indivíduo, não identificou de forma precisa que a extensão da inviolabilidade não está diretamente ligada à moradia ou à residência ou à casa do indivíduo, mas sim a todo e qualquer local restrito ao público onde o indivíduo possa exercer a sua intimidade e a sua vida privada⁵⁸⁶.

B. Inviolabilidade do sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas:

Antes de se investigar a garantia da inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, deve-se, como introdução do assunto, fixar a identificação do que seja sigilo.

⁵⁸⁶ De acordo com Grotti, deflui-se da Constituição o amplo alcance do conceito de casa, visto que se passa a entender este pelo seu aspecto principal de caracterização, isto é, pela caracterização deste como o local de exclusiva ocupação, ou seja, como "todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira exclusiva, mesmo sem caráter definitivo ou habitual" como, por exemplo, "a própria residência ou de outrem, seja ela fixa ao solo, estabelecimento rodante ou casa flutuante; ou aposento de habitação coletiva, em pensões, hotéis, casas de pousada, e, tratando-se de local não acessível ao público em geral", bem como "gozam dessa garantia constitucional os estabelecimentos de trabalho, fábricas, oficinas e escritórios, desde que não abertos ao público, como um bar ou restaurante" (DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI, Inviolabilidade do domicílio na Constituição, p. 76).

Folmann⁵⁸⁷ destaca que o sigilo é um desdobramento do direito de liberdade, que se traduz no direito de "não dizer o que sabe; de não transmitir o pensamento, o conhecimento, para além daqueles que se quer, de não ter divulgadas informações que a si dizem respeito"⁵⁸⁸, e, sendo assim, Folmann⁵⁸⁹ acredita que o sigilo se relaciona com a parcela mais particular da vida dos indivíduos, isto é, com a intimidade e com a vida privada.

Belloque⁵⁹⁰ afirma que freqüentemente os termos sigilo e segredo são utilizados, mormente em linguagem jurídica, com idêntica significação. Todavia, prefere Belloque⁵⁹¹ crer que tais termos possuem significados diversos; sendo o segredo característica daquilo que se tem oculto ou sob reserva⁵⁹² (ou, "o que não se pode, não se quer, ou não se deve revelar"), enquanto que o termo sigilo refere-se a algo que está sob selo (ou, "o dever de não revelar o fato de que se tem conhecimento, ou seja, 'o segredo que não se deve violar").

B.1. Da Inviolabilidade do sigilo de correspondência:

⁵⁸⁷ MELISSA FOLMANN, Sigilo bancário e fiscal.

⁵⁸⁸ MELISSA FOLMANN, Sigilo bancário e fiscal, p. 49-50.

⁵⁸⁹ MELISSA FOLMANN, Sigilo bancário e fiscal.

⁵⁹⁰ JULIANA GARCIA BELLOQUE, Sigilo bancário, p. 56.

⁵⁹¹ JULIANA GARCIA BELLOQUE, Sigilo bancário.

⁵⁹² Este é o mesmo sentido empregue nesta dissertação no Capítulo I.

A intimidade e a vida privada dos indivíduos não são somente exercidas dentro das muralhas dos locais privados. Cartas, avisos, bilhetes e outras formas de correspondência (entendidas estas como o conjunto de todas as relações de comunicação - ou seja, relações pelas quais sentimentos e idéias se transmitem de um indivíduo emissor para um indivíduo receptor tornando possível a interação entre ambos - entre pessoas ausentes, independente dos meios comunicativos - aqui encampadas as cartas, telegramas, e-mails, malas diretas, avisos etc. - estarem lacrados ou não) podem conter descrições de fatos ou atos relacionados à intimidade e à vida privada de um ou de mais de um indivíduo.

Porém o que são correspondências? Sampaio⁵⁹³ identifica-as como sendo, em sentido genérico, "toda comunicação de pessoa a pessoa, diversa da conversação"⁵⁹⁴. Contudo, nesta dissertação admitir-se-á correspondência em seu sentido estrito e objetivo, ou seja, como o conjunto de todas as relações de comunicação - ou seja, relações pelas quais sentimentos e idéias se transmitem de um indivíduo emissor para um indivíduo receptor tornando possível a interação entre ambos - entre pessoas ausentes (aqui encampadas as

⁵⁹³ JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *Direiro à intimidade e à vida privada*.

⁵⁹⁴ JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *Direiro à intimidade e à vida privada*, p. 458.

cartas, telegramas, e-mails, malas diretas, avisos etc.), independente dos meio comunicativos estarem lacrados ou não, neste último caso desde que não esteja disponível o acesso irrestrito a todas as pessoas.

Em razão disto, a proteção da intimidade e da vida privada dos indivíduos foi estendida às correspondências privadas destes. Logo, não é toda e qualquer correspondência dos indivíduos que é protegida pela garantia de inviolabilidade das correspondências, mas tão somente aquelas que possam possuir relação com caracteres da intimidade e da vida privada dos indivíduos⁵⁹⁵.

Credita-se que o principal fator para a distinção de quais correspondências estão contidas ou não naquela garantia é a simples identificação do rol dos elementos compreendidos ou relacionados à intimidade e à vida privada dos indivíduos. Assim, seriam correspondências garantidas pelo sigilo da inviolabilidade todas aquelas que não estando abertas ou endereçadas ao público em geral trazem indícios e/ou elementos identificadores da intimidade e da vida privada dos indivíduos⁵⁹⁶. Devendo, contudo, ter em mente que não há como identificar precisamente o conjunto daqueles elementos, porque como já frisado alhures, a intimidade e a vida privada é composta por fatos e atos mutáveis no tempo

⁵⁹⁵ Neste sentido ver: JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *Direiro à intimidade e à vida privada*, p. 457.

⁵⁹⁶ Neste sentido ver: MELISSA FOLMANN, *Sigilo bancário e fiscal*, p. 52; CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, Vol. II, p. 80-1.

e no espaço em razão das diversas concepções psicológicas do que deve ser preservado do conhecimento dos demais membros da sociedade.

Neste sentido, Tavares⁵⁹⁷ ressalta que a intimidade e a vida privada são garantidas pelo sigilo de correspondência, porque se impede o conhecimento por outros não autorizados de informações pessoais, íntimas e privadas de um indivíduo.

Bastos e Martins⁵⁹⁸ afirmam que a garantia da inviolabilidade das correspondências indica que ninguém é lícito romper o seu sigilo, isto é, tomar conhecimento de seu conteúdo ou divulgar aquilo que teve conhecimento em razão de ofício ligado à comunicação.

Ademais, deve-se também estender, em virtude da complexidade dos dias atuais, a garantia das comunicações como forma de preservação da intimidade e da vida privada a outros escritos particulares, que não correspondências, que tragam referências à intimidade e à vida privada dos seus autores, como, por exemplo, os diários, os memoriais ou quaisquer outras obras que produzidas pelo espírito ou pe-

⁵⁹⁷ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 442..

⁵⁹⁸ CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, Comentários à Constituição do Brasil, Vol. II, p. 80.

las emoções de seus autores possuam fatos, atos ou entendimentos sobre fatos restritos à individualidade do autor⁵⁹⁹.

De acordo com Sampaio⁶⁰⁰ a garantia de sigilo das correspondências é efetivada de forma mais estreita, contemplando a proibição de investigação da intimidade, consubstanciada na vedação do devassamento do conteúdo da correspondência fechada; na divulgação ou revelação da intimidade contida em correspondência confidencial, comercial, que se tenha conhecimento em razão de ofício ou pelos responsáveis e executantes dos serviços postais; da divulgação ou da revelação dos nomes das pessoas que mantenham entre si correspondências, dos nomes dos assinantes de caixa postal ou do modo pelo qual ou do local especial em que qualquer pessoareceba correspondência, e; do outro uso não autorizado, do desvio, sonegação, subtração ou supressão de correspondência.

A Constituição brasileira de 1988 elecou a garantia da inviolabilidade do sigilo das correspondências em seu art. 5º, XII, quando preceituou que "é inviolável o sigilo das correspondências".

Verifica-se, portanto, que no vigente sistema constitucional brasileiro não se admitiu reservas ou res-

⁵⁹⁹ Neste sentido ver: SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, *El derecho a la intimidad*, p. 59.

⁶⁰⁰ JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *Direito à intimidade e à vida privada*, p. 461-2.

trições à garantia de sigilo das correspondências. Afaste-se, assim, a posição de Bastos e Martins⁶⁰¹ de que a Constituição brasileira de 1988 possibilitou a violação de correspondência em sentido amplo.

B.2. Da inviolabilidade do sigilo de comunicações telegráficas, de dados e das comunicações:

Da mesma forma que se entendeu que a intimidade e a vida privada dos indivíduos podem estar contidas em documentos ou correspondências privadas, formulou-se a concepção de que a intimidade e a vida privada também estariam contidas nas novas formas de comunicação⁶⁰². Logo, efetivou-se a garantia da intimidade e da vida privada pela inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, telegráficas e de dados.

Sendo compreendida a comunicação telegráfica como aquela realizada por meio de telégrafos (aqui entendidos de forma ampla como quaisquer aparelhos destinados a transmitir mensagens ou comunicações a distância por meio aéreo,

⁶⁰¹ CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, Comentários à Constituição do Brasil, Vol. II, p. 81.

⁶⁰² Neste sentido Folmann destaca que "as pessoas nem sempre querem se comunicar com todos; por vezes, as pessoas trocam informações objetivando somente aquelas pessoas às quais se dirigem. E, eis que surgem as informações que se quer para si, para alguns, e as que se quer para todos" (MELISSA FOLMANN, Sigilo bancário e fiscal, p. 41-2).

elétrico, Morse, noturno, submarino etc.); a comunicação de dados como a comunicação realizada pela representação de fatos, conceitos e instruções, realizadas por meio de sinais, de maneira formalizada, possíveis de serem transmitidos ou processados pelo homem ou por máquinas (aqui entendida como o conjunto de informações), e; comunicação telefônica (como a comunicação realizada através de aparelhos destinados a transmitir a voz a distância ou qualquer outro som por meio de eletromagnetismo).

Conforme ministrado no tópico anterior, deve ser garantido o conteúdo das comunicações telefônicas, telegráficas e de dados porque estas podem guardar em si fatos ou dados referentes à intimidade e à vida privada de um ou de mais de um indivíduo⁶⁰³.

Guarda a garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas, telegráficas e de dados regime análogo de proteção à garantia de inviolabilidade das correspondências⁶⁰⁴.

Especificamente quanto à comunicação dos dados, Doneda⁶⁰⁵ afirma que esta deve ser garantida, nos dias de ho-

⁶⁰³ Neste sentido ver: ROSANE HEINECK SCHMITT, *Direito à informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade*, p. 212; LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Curso de direito constitucional*, p. 116.

⁶⁰⁴ Neste sentido ver: JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *Direito à intimidade e à vida privada*, p. 463.

⁶⁰⁵ DANILO CESAR MAGANHOTO DONEDA, *Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade*.

je, principalmente porque neste tipo de comunicação podem estar contidos dados pessoais sensíveis (como, por exemplo, histórico clínico, orientações religiosas, políticas e sexuais, históricos trabalhistas e outros), os quais possibilitam a identificação de aspectos relevantes da vida íntima e privada daqueles⁶⁰⁶.

B.2.1. Sigilo dos dados enquanto questão conexa à inviolabilidade do sigilo de comunicações de dados:

Outra forma de garantir a privacidade e a intimidade dos indivíduos é a proteção dos dados pessoais destes contidos em bancos de dados, bem como a comunicação destes entre os sujeitos emissores e receptores⁶⁰⁷.

Guilherme Martins⁶⁰⁸ adverte que devem ser mantidos sob sigilo além da comunicação dos dados, os dados em si contidos em bancos de dados porque o preenchimento de cadastros, quando da compra ou da aceitação da prestação de serviços, gera uma quantidade de informações suficientemen-

⁶⁰⁶ DANILO CESAR MAGANHOTO DONEDA, Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade, p. 118.

⁶⁰⁷ Neste sentido: ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses, p. 25.

⁶⁰⁸ GUILHERME MAGALHÃES MARTINS, Boa fé e contratos eletrônicos via internet.

te capazes de identificar nuances da intimidade e da vida privada dos consumidores.

Assim, a garantia do sigilo dos dados deve ser realizada, seja pela proibição que os dados de um indivíduo sejam cruzados com outros dados ou com outras informações pertencentes a outros indivíduos com a finalidade de identificar quaisquer relatos da vida privada e da intimidade⁶⁰⁹ dos indivíduos⁶¹⁰, seja pela proibição de que tais dados sejam divulgados a outras pessoas, seja pela criptografia destes, visto que a codificação dos dados possibilita que somente a pessoa autorizada pelo indivíduo possa tomar conhecimento daqueles, impedindo, assim, que tais dados sejam repassados a terceiros não autorizados⁶¹¹.

Adverte, ainda, Vieira⁶¹² que "o correto seria o usuário ser informado sobre a possibilidade de os dados que fornece serem coletados em grandes bancos para utilização posterior", concordando expressamente com a utilização pos-

⁶⁰⁹ Relata Magalhães Martins que o envio não autorizado de malas diretas ou de "spam" (mensagem endereçada a um número significativo de pessoas oferecendo produtos, serviços ou contendo informações sobre pessoas ou fatos) por meio de e-mail's, em razão da comercialização dos dados contidos em banco de informações, é ofensivo à privacidade e à vida privada dos indivíduos porque, ao contrário do endereço postal, o endereço eletrônico do indivíduo é expressão de sua privacidade porque pode ser mantido oculto ou disponibilizado a um pequeno e seletivo grupo de pessoas. Devendo, assim, ser impossibilitada tal prática com a finalidade de assegurar a paz individual pela manutenção da intimidade e da vida privada (GUILHERME MAGALHÃES MARTINS, Boa fé e contratos eletrônicos via internet, p. 157).

⁶¹⁰ GUILHERME MAGALHÃES MARTINS, Boa fé e contratos eletrônicos via internet, p. 145-6.

⁶¹¹ GUILHERME MAGALHÃES MARTINS, Boa fé e contratos eletrônicos via internet, p. 147.

⁶¹² SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos.

terior desses⁶¹³, posto que, do contrário, "restaria configurada a violação da intimidade"⁶¹⁴.

Especificamente à garantia ao sigilo da comunicação de/ou dos dados concedida pela Constituição brasileira de 1988, Folmann⁶¹⁵ adverte que em razão de estar previsto que *é inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas,*

[...] não pode o intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu; logo se o legislador não se valeu da expressão comunicação de dados, ele pecou, não sendo outorgado aos intérpretes, por mais balisados, quererem dizer que tal expressão era a intenção do constituinte,

o que faz com que conclua que

[...] em o legislador colocando a palavra comunicação antes de telefônica houve uma quebra de oração, daí resultando a interpretação de que o dispositivo tutela a correspondência - forma de comunicação inerente, a comunicação telegráfica, a comunicação telefônica e de dados - estes que tanto podem estar num papel como numa via de comunicação telefônica como um computador⁶¹⁶.

⁶¹³ Ressalta Vieira que "a proteção legal à violação da intimidade pela utilização dos cookies vêm sendo dada pelo Código de Defesa do Consumidor. Diz o § 2º, do art. 43, que abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito, ao consumidor, quando não solicitada por ele" (SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*, p. 97).

⁶¹⁴ SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*, p. 84.

⁶¹⁵ MELISSA FOLMANN, *Sigilo bancário e fiscal*.

⁶¹⁶ MELISSA FOLMANN, *Sigilo bancário e fiscal*, p. 64-5.

Ademais, deve-se ter em mente quanto aos métodos de interpretação empregues sobre o artigo 5º, XII, que estes não devem ser considerados, nos termos de Dimoulis⁶¹⁷, justos, porém tão-somente adequados ou não aos objetivos do Legislador constituinte.

B.2.2. Sigilo bancário e fiscal enquanto questão conexa à inviolabilidade do sigilo de comunicações de dados:

O sistema bancário moderno evolui drasticamente no último século devido: a crescente ampliação do mercado monetário, a inclusão de novos agentes financeiros, a facilitação do acesso ao sistema financeiro às pessoas antes marginalizadas pela baixa capacidade de poupança e pela alta concentração de renda nas sociedades, a crescente revolução tecnológica que permitiu diminuir as distâncias geográficas entre os inúmeros mercados financeiros e econômicos, a necessidade de se facilitar a vida em sociedade através da maximização do tempo (especialmente dos correntistas) e, bem como, pela necessidade crescente de utilização de instrumentos bancários e financeiros.

⁶¹⁷ DIMITRI DIMOULIS, Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 769, 1988, p. 26.

Em razão disso, as instituições bancárias transformaram-se de simples depositárias de valores em empresas prestadoras de serviços bancários e financeiros, na medida em que começaram a intermediar cobranças, a efetuar agenciamento de pagamentos de títulos bancários, a promover empréstimos monetários através de títulos públicos e privados, a operacionalizar colocações de debêntures no mercado de ações, a avalizar contratos privados, a capitalizar recursos em várias áreas e, sobretudo, dentre outras atividades, a informar, coordenar, gerenciar e conduzir atividades e interesses particulares dos seus correntistas.

Destarte, as entidades bancárias passaram, conforme Covello⁶¹⁸, a se portar como verdadeiras "confidentes necessárias" de seus correntistas, na medida em que esses confiam inúmeras informações pessoais necessárias aos agentes financeiros a fim de obterem resultados favoráveis nas operações bancárias realizadas por aqueles.

Dessa forma, as instituições bancárias passaram a dispor de um número avassalador de informações pessoais, as quais, quase sempre, podem se relacionar com fatos ou atos ligados com a intimidade e com a vida privada dos correntistas, como, por exemplo, o simples depósito de um valor em uma conta corrente de outro correntista pode pos-

⁶¹⁸ SÉRGIO CARLOS COVELLO, O sigilo bancário como proteção à intimidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 78, vol. 648, out., 1989.

sibilita a identificação de uma amante, ou de um filho espúrio e não reconhecido socialmente, ou de um hábito de consumo reprovável socialmente; em razão disto, os atos bancários apresentam uma íntima relação com a intimidade e a vida privada do correntista, devendo por isso serem mantidos sobre sigilo⁶¹⁹.

Vê-se, portanto, que sigilo é o ato de se resguardar fatos e informações bancárias, tornando-os invioláveis, perante outras pessoas, com o intuito de manterem-se protegidos os fatos de cunho pessoal que não possuem notoriedade ou publicidade e que digam respeito estritamente com certas situações ou expressões da personalidade⁶²⁰.

Afirma Barbeitas⁶²¹, quanto ao sigilo bancário, que este pode ser fundamentado de várias formas⁶²² (por normas contratuais⁶²³, extracontratuais⁶²⁴, legais⁶²⁵, pelo direito

⁶¹⁹ Ressalta Belloque que “não há dúvida de que os dados econômicos que circulam uma pessoa compõem sua intimidade. Não obstante, a atividade de intermediação de crédito nos tempos atuais, em que a segurança dos negócios exige incomensurável colheita de informações de todo o tipo, sobre o passado, presente e futuro dos contratantes, implica na ciência de informações concernentes a muitas outras esferas íntimas do indivíduo: hábitos e preferências, aspirações e projetos negociais, situação familiar, e até mesmo vícios e altruísmos. Todo este quadro é construído pelo profissional financeiro, que guarda consigo verdadeira fotografia da vida particular de seus clientes e de terceiros envolvidos nas operações efetuadas” (JULIANA GARCIA BELLOQUE, Sigilo bancário, p. 76-7).

⁶²⁰ Em sentido contrário ver: ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses, p. 60-2.

⁶²¹ ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses.

⁶²² De acordo com José Augusto Delgado, o sigilo bancário pode ser entendido sobre inúmeras correntes doutrinárias e justificado pelas teorias contratualista, consuetudinárias, ligadas ao direito à privacidade, da boa-fé, do sigilo profissional, do direito à intimidade dos bancos e da complexidade do vínculo (JOSÉ AUGUSTO DELGADO, O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro, p. 54).

⁶²³ Ressalta Barbeitas que “na ótica das teorias contratuais, o sigilo bancário tem por fundamento a vontade das partes exposta no pacto de depósito firmado entre o cliente e a banca. Alguns autores entendem que todo contrato bancário contém, implícita, a cláusula do dever de segredo como resultado da relação de confiança entre as partes”, e que em razão disto apontam-se como objeções às concepções contratualistas “a sua insuficiência, na medida em que o sigilo bancário rege também as relações pré e pós-contratuais, independentemente da duração

constitucional à intimidade, pelo segredo profissional⁶²⁶ ou pelo uso mercantil⁶²⁷), o que faz com que seja acentuado

[...] a impossibilidade de se alcançar uma conclusão com foros de certeza acerca da fundamentação do sigilo bancário em face da intensa variabilidade temporal e espacial do instituto, imprimindo-lhe uma dose de relatividade, com a conseqüente dificuldade na determinação de sua causa jurídica⁶²⁸.

Tomando por base as inúmeras possíveis fundamentações ao sigilo bancário, Derzi e Coelho⁶²⁹ concluem que o sigilo bancário, portanto, representa ao mesmo tempo

[...] um direito individual do cliente, que não quer divulgar fatos comerciais, financeiros ou familiares, reconhecidos como uma projeção de sua personalidade (direito à privacidade e à intimidade); dever do profissional (banqueiro) à descrição e, ao mesmo tempo, um direito à reserva quanto aos nomes dos clientes,

da relação contratual" (ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses, p. 15-8).

⁶²⁴ De acordo com Barbeitas, "os adeptos da teoria extracontratual localizam o fundamento do sigilo bancário na responsabilidade do banco pelos danos injustos causados ao cliente, decorrentes da revelação culposa dos dados e informações bancárias" (ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses, p. 15-8).

⁶²⁵ Barbeitas informa que as teorias legais "radicam no Direito positivo a fundamentação do sigilo bancário como ponto culminante de um processo que perpassou a prática comercial e a aceitação social de sua obrigatoriedade", o que faz com que entenda que esta fundamentação seja inadequada porque apenas indica a forma pela qual se expressa nos sistemas normativos (ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses, p. 15-8).

⁶²⁶ Segundo Barbeitas, "os seguidores da corrente que concebe o sigilo bancário como manifestação da categoria mais ampla do segredo profissional arrimam-se em dispositivos insertos no Código Penal que tutelam a inviolabilidade do segredo oriundo de ofício ou profissão. As críticas em torno deste posicionamento centram-se no fato de que os preceitos penais, sendo de caráter meramente sancionatório, estão endereçadas aos profissionais em geral, sem consagrar o dever de reserva das instituições financeiras" (ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses, p. 15-8).

⁶²⁷ Para Barbeitas, a fundamentação do sigilo bancário no uso mercantil decorre da "boa fé e confiança mútua que, como regra geral, repousa em toda relação de negócio entre as partes" (ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses, p. 15-8).

⁶²⁸ ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses, p. 15-8.

⁶²⁹ MISABEL ABREU MACHADO DERZI e SACHA CALMON NAVARRO COELHO, Direito Tributário Aplicado: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

segredo comercial que integra o seu fundo de comércio; garantia de interesse público, em favor do sistema bancário e de crédito, assim como de segurança do Estado ou da sociedade⁶³⁰.

Em sentido similar ao exposto por Derzi e Coelho⁶³¹, Folmann⁶³² e Belloque⁶³³, apesar das diferenças pontuais entre seus entendimentos, pontuam que o sigilo bancário tem sido sedimentado num direito individual do cliente diretamente relacionado com os direitos à intimidade, à vida privada e ao sigilo de não ter seus dados bancários divulgados a terceiros⁶³⁴; num dever profissional dos bancos em manter sigilo sobre dados que obtiveram em razão de seu ofício; num direito dos clientes de qualificarem o fundo de comércio, e; na garantia do interesse público com relação ao sistema financeiro, direta ou indiretamente, relacionados com a segurança do Estado.

Gandra Martins⁶³⁵ perfilha-se favorável ao entendimento de que o sigilo bancário diz respeito, sim, à intimidade e à vida privada dos indivíduos, porque o sigilo bancário, enquanto defesa da vida privacidade, "não diz res-

⁶³⁰ MISABEL ABREU MACHADO DERZI e SACHA CALMON NAVARRO COELHO, *Direito Tributário Aplicado*, p. 266.

⁶³¹ MISABEL ABREU MACHADO DERZI e SACHA CALMON NAVARRO COELHO, *Direito Tributário Aplicado*.

⁶³² MELISSA FOLMANN, *Sigilo bancário e fiscal*, p. 82.

⁶³³ JULIANA GARCIA BELLOQUE, *Sigilo bancário*, p. 74.

⁶³⁴ Em sentido contrário ver: JOSÉ AUGUSTO DELGADO, *O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 59-60.

⁶³⁵ IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Sigilo bancário e tributário*, in *Colóquio Internacional de Direito Tributário*, III. São Paulo. Respostas às questões. Buenos Aires: La Ley, 2001.

peito apenas a aspectos íntimos, mas também a externalidade, como, por exemplo, os dados patrimoniais”⁶³⁶.

Malerbi⁶³⁷ admite que o sigilo bancário configura-se como espécie do amplo direito à intimidade e como concretização do princípio da segurança jurídica.

Tavares⁶³⁸ afirma que apesar da “proteção do sigilo bancário decorre de uma série de direitos e princípios constitucionais, sem que seja necessário precisar o dispositivo ou remeter a uma única norma”⁶³⁹, não há como excluir o sigilo bancário da proteção do direito à privacidade, na medida em que aquele visa proteger fatos inacessíveis ao público, ou, no máximo, abertos a um restrito número de pessoas.

Dessa forma, a espécie *sigilo bancário* nada mais é do que o dever profissional⁶⁴⁰, advindo da celebração de contrato de prestação de serviços bancários, de os Bancos resguardarem e não divulgarem os dados, registros e informações bancárias e fiscais colhidas junto aos seus correntis-

⁶³⁶ IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Sigilo bancário e tributário*, p. 09.

⁶³⁷ DIVA MALERBI, *Sigilo bancário e tributário*, p. 80.

⁶³⁸ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Sigilo bancário como direito fundamental*, in *Colóquio Internacional de Direito Tributário*, III. São Paulo. Respostas às questões. Buenos Aires: La Ley, 2001.

⁶³⁹ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Sigilo bancário como direito fundamental*, p. 310-11.

⁶⁴⁰ Derzi citando parecer do Departamento Jurídico do Banco do Brasil leciona que o “sigilo bancário é posto como prática, nascida para proteger interesses privados (dos comerciantes, banqueiros e seus clientes), mas prática que ganhou foros de universalidade por atender, simultaneamente, ao interesse público, social e coletivo. Consolidando-se como variante do segredo profissional, o sigilo bancário foi disciplinado pelas leis comerciais, civis e penais dos mais diferentes países e sua infringência punida severamente como crime” (MISABEL ABREU MACHADO DERZI e SACHA CALMON NAVARRO COELHO, *Direito Tributário Aplicado*, p. 265-6).

tas a terceiros estranhos à relação de serviços prestados pelas instituições bancárias aos seus correntistas⁶⁴¹, sendo, portanto, conforme Roque⁶⁴², "o dever de abstenção, de não revelar dados ou fatos que a instituição teve ciência em função de sua atividade financeira"⁶⁴³.

Em razão disto tudo é que Tavares⁶⁴⁴ afirma que o sigilo das comunicações de dados bancários e fiscais é, no contexto atual, o aspecto mais importante da garantia constitucional de inviolabilidade do sigilo de dados.

Araujo e Nunes Júnior⁶⁴⁵, bem como Barbeitas⁶⁴⁶, ressaltam que, no tocante ao sistema constitucional brasileiro vigente, os sigilos bancário e fiscal não foram objetos de proteção autônoma pelo legislador constituinte, mas apresentam-se, tão-só como sucedâneos necessários do direito à privacidade⁶⁴⁷, visto que a sua "razão de existir consiste exatamente em opor limites à atuação do Estado perante a esfera individual"⁶⁴⁸.

⁶⁴¹ Neste sentido ver: ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses, p. 15.

⁶⁴² MARIA JOSÉ DE OLIVEIRA LIMA ROQUE, Sigilo bancário e direito à intimidade. Curitiba: Juruá, 2001.

⁶⁴³ MARIA JOSÉ DE OLIVEIRA LIMA ROQUE, Sigilo bancário e direito à intimidade, p. 86.

⁶⁴⁴ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 444.

⁶⁴⁵ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Curso de direito constitucional.

⁶⁴⁶ ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses, p. 20.

⁶⁴⁷ Lembrem ainda Araujo e Nunes Júnior que os sigilos bancário e fiscal, embora como desdobramentos do direito à privacidade não são, como os demais direitos fundamentais, absolutos (LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Curso de direito constitucional, p. 111).

⁶⁴⁸ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, Curso de direito constitucional, p. 111.

Ademais, ressaltam Tavares⁶⁴⁹ e Barbeitas⁶⁵⁰ que o Supremo Tribunal Federal, na esteira dos demais Tribunais, tem admitido o sigilo bancário como expressão do direito à intimidade⁶⁵¹, o que lhe confere sede constitucional, "como ainda reputando-o subsumido à inviolabilidade do sigilo de dados consignada no inciso XII do art. 5º do Texto Constitucional"⁶⁵².

Igualmente aos dados obtidos por meio das transações bancárias, os dados fiscais obtidos pelo Estado ou pelos agentes que lhe representem não podem ser divulgados. Pelo contrário, gozam os dados fiscais da mesma necessidade de serem protegidos que os dados bancários, porque aqueles, tanto quanto esses, também identificam elementos, fatos ou atos relacionados à intimidade e à vida privada⁶⁵³.

Dessa forma - diversamente do exposto por Gandra Martins⁶⁵⁴, por José Augusto Delgado⁶⁵⁵ e por Belloque⁶⁵⁶ -,

⁶⁴⁹ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Sigilo bancário como direito fundamental, p. 311.

⁶⁵⁰ ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses.

⁶⁵¹ Apesar do entendimento do Supremo Tribunal Federal, Barbeitas se pergunta "como inserir aquela parcela - comumente a mais ponderável - da movimentação bancária, que não possui qualquer relação com a esfera íntima e privada do indivíduo, na idéia de dignidade humana, que dá justificativa à proteção constitucional? Como equiparar, sem maiores questionamentos, as corriqueiras trocas de ativos financeiros, que o indivíduo inserido no mercado consumidor pratica, visando às aquisições de mercadorias e serviços, com a noção de dignidade do ser humano? Será que sempre que adquirir um bem de consumo qualquer mediante a transferência de ativos financeiros o indivíduo estará projetando a sua personalidade de tal forma que justificará a tutela do sigilo bancário como expressão da proteção constitucional do resguardo à intimidade e à vida privada? E, ainda que a resposta seja afirmativa, não teriam que ser sopesados outros interesses atinentes à vida em comunidade?", apesar de admitir que haja um "risco de uma ingerência indireta ou reflexa no âmbito da vida privada quando da quebra do sigilo bancário" (ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses, p. 63-5).

⁶⁵² ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses, p. 23.

⁶⁵³ Neste sentido: MELISSA FOLMANN, Sigilo bancário e fiscal, p. 68; JULIANA GARCIA BELLOQUE, Sigilo bancário, p. 82.

⁶⁵⁴ IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, Sigilo bancário e tributário, p.12-4.

⁶⁵⁵ JOSÉ AUGUSTO DELGADO, O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro, p. 57.

entende-se que sendo a garantia da inviolabilidade do sigilo de dados bancários e fiscais, no sistema constitucional brasileiro vigente, diretamente relacionada à proteção dos dados⁶⁵⁷ ou à intimidade e à vida privada dos indivíduos, não se lhe admitirá qualquer limitação porque a Constituição Federal de 1988 não impôs nenhuma limitação aos direitos à intimidade e à vida privada, bem como ao direito à comunicação de dados de forma sigilosa⁶⁵⁸. Não se admite, portanto, que tais direitos tenham o conteúdo e a extensão diminuídos por medida legal ou jurisdicional⁶⁵⁹.

4.2.4.3. Garantias processuais ou remédios constitucionais aplicáveis aos direitos à intimidade e à vida privada:

A principal garantia processual aplicável aos direitos à intimidade e à vida privada é a possibilidade dos seus sujeitos impedirem ou obstarem por meio de ações judiciais o acesso e a comunicação dos fatos e atos relaciona-

⁶⁵⁶ JULIANA GARCIA BELLOQUE, Sigilo bancário, p. 85.

⁶⁵⁷ Em sentido contrário à fundamentação do sigilo bancário no art. 5º, XII, da Constituição Federal: JULIANA GARCIA BELLOQUE, Sigilo bancário, p. 77.

⁶⁵⁸ Especificamente quanto à Lei Complementar 105/2001, Folmann adverte que esta propiciou “uma gama de afrontas ao texto constitucional, haja vista o número de princípios e direitos que joga ao vento como que a desmoronar todo o sistema erigido há anos. Dentre os direitos constitucionais que afronta estão: a privacidade (art. 5º, X), o sigilo (art. 5º, XII), acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV), decisão fundamentada (art. 93, IX), presunção de inocência (art. 5º, LVII), livre concorrência (art. 170, IV). Além de atentar contra o princípio da tripartição de poderes e da proporcionalidade” (MELISSA FOLMANN, Sigilo bancário e fiscal, p. 106).

⁶⁵⁹ Neste sentido ver: ANDRÉ TERRIGO BARBEITAS, O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses, p. 26; ANDRÉ RAMOS TAVARES, Sigilo bancário como direito fundamental, p. 313.

dos com a privacidade em sentido amplo dos indivíduos, bem como, quando violadas a intimidade e a vida privada, a possibilidade de exigir que as situações fáticas advindas da violação da privacidade em sentido amplo sejam modificadas e adequadas a situação fática anterior à violação, ou se não possível que os danos materiais e morais advindos sejam indenizados.

Mais especificamente quanto aos remédios constitucionais específicos aplicáveis aos direitos à intimidade e à vida privada, a análise daqueles fica prejudicada pela diversidade de remédios jurídicos postos pelas ordens constitucionais.

Todavia, como exemplificação de possíveis remédios aplicáveis aos direitos à intimidade e à vida privada, cabe mencionarmos, tomando como exemplo a ordem constitucional brasileira vigente com a Constituição Federal de 1988, que são aplicáveis, direta ou indiretamente, aos direitos à intimidade e à vida privada os institutos do habeas data (na hipótese do sujeito exercer o conhecimento de informações relativas a si, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; ou para retificar dados, quando não se prefira fazê-lo por meio de processos judiciais ou administrativos sigilosos), do mandado de injunção (sempre que houver falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos à in-

timidade e à privacidade - como na hipótese de não ser editada a lei mencionada no inciso XII, do art. 5º, da CF/88) e do mandado de segurança (quando houver a necessidade de proteger o direito à intimidade e à vida privada, nos casos em que não for possível o habeas data, de abusos e ilegalidades cometidas por autoridades públicas ou agentes de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas), bem como as ações de argüição de descumprimento de preceito fundamental correlacionado com a intimidade e com a vida privada e, de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou de situação - por meio da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Afasta-se, em razão do objetivo desta dissertação, toda e qualquer análise mais detida sobre tais institutos; relegando tal necessidade a outro momento mais apropriado.

4.2.4.4. Outras garantias aplicáveis à intimidade e à vida privada:

Além das citadas garantias institucionais e constitucionais, existem outras garantias conexas que possibilitam a preservação da intimidade e da vida privada, como, por exemplo, o dever de sigilo dos profissionais, o direito à imagem.

Especificamente quanto ao sigilo profissional às informações pessoais dos clientes e pacientes, Tavares⁶⁶⁰ pontua que a garantia do segredo profissional visa assegurar não só a proteção e não divulgação das informações pessoais transmitidas por uma pessoa a outros indivíduos em razão da profissão destes, mas também visa tal garantia impor aos profissionais (como, por exemplo, os advogados, médicos e outros) que tenham conhecimento de informações pessoais que estas não sejam acessadas por outros indivíduos ou profissionais que não aqueles⁶⁶¹ autorizados pelos indivíduos.

Guarda tal garantia certa semelhança com a garantia da inviolabilidade dos dados, na medida em que a grande maioria das informações disponibilizadas por pacientes e clientes a profissionais restam guardadas ou depositadas em bancos de dados daqueles profissionais, porém difere daquela porque visa proteger o conhecimento pessoal de informações pessoais, ou seja, não visa a garantia do sigilo das informações profissionais proteger e assegurar as informações contidas nos bancos de dados dos profissionais - estas informações são garantidas pelo sigilo dos dados -, mas sim as informações que estes tomam conhecimento de forma pessoal; impede-se, assim, que os profissionais divulguem ou

⁶⁶⁰ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional.

⁶⁶¹ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 446.

deixem conhecer as informações que receberam em razão de sua profissão.

Outra garantia que visa de forma conexa a proteger a intimidade e a vida privada dos indivíduos é a proteção à imagem, visto que em determinados momentos a proteção do elemento identificativo da imagem, além de proteger a própria imagem, protege o sentido expresso pela imagem, o qual pode identificar fatos ou atos que identifiquem aspectos da intimidade e da vida privada das pessoas. Nestes termos, a imagem em si é objeto de outro direito; as situações em que esta imagem é divulgada podem dizer respeito, sim, à privacidade em sentido amplo, sendo, assim, protegidas pelos direitos à intimidade e à vida privada.

As Constituições portuguesa (vide art. 35.2⁶⁶²) e espanhola (vide art. 18.4⁶⁶³) identificam, ainda, que a informática não será utilizada de forma atentatória à intimidade e à vida privada dos indivíduos, bem como que não poderá a informática ser utilizada para copilar e tratar determinados tipos de dados pessoais. Configura-se, assim, uma nova modalidade de garantia aos direitos à intimidade e

⁶⁶² "Artículo 35.3. No podrá utilizarse la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, afiliación a partidos o a sindicatos, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate del tratamiento de datos estadísticos inidentificables individualmente" (FRANCISCO RUBIO LLORENTE e MARIANO DARANAS PELÁEZ, Constituciones de los Estados de la Unión Europea, p. 405).

⁶⁶³ "Artículo 18.4 La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos" (FRANCISCO RUBIO LLORENTE e MARIANO DARANAS PELÁEZ, Constituciones de los Estados de la Unión Europea, p. 158).

à vida privada - a garantia de proteção da intimidade e da vida privada e de seus dados pelo uso da informática⁶⁶⁴.

4.2.5. Dos limites ao direito à intimidade e à vida privada ou das possibilidades de tais direitos serem afastados em razão de outros institutos e de outras instituições:

4.2.5.1. Da teoria geral de limitação dos direitos fundamentais:

De acordo com Branco⁶⁶⁵, Tavares⁶⁶⁶, Queiroz⁶⁶⁷, Steinmetz⁶⁶⁸, Sarmiento⁶⁶⁹, Fleiner⁶⁷⁰, Schmitt⁶⁷¹, Nunes Júnior⁶⁷², Godoy⁶⁷³ e com Canotilho⁶⁷⁴, não há, nos sistemas jurídicos similares ao brasileiro e no próprio sistema jurídico pátrio, direitos ou liberdades absolutas⁶⁷⁵. Os direitos podem

⁶⁶⁴ Neste sentido ver: SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos, p. 65.

⁶⁶⁵ PAULO GUSTVAO GONET BRANCO, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, p. 120-1.

⁶⁶⁶ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional, p. 364.

⁶⁶⁷ CRISTINA M. M. QUEIROZ, Direitos fundamentais (teoria geral), p. 199.

⁶⁶⁸ WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, p. 57.

⁶⁶⁹ DANIEL SARMENTO, Direitos fundamentais e relações privadas, p. 190-1.

⁶⁷⁰ THOMAS FLEINER, O que são direitos humanos?, p. 87-8.

⁶⁷¹ CARL SCHMITT, Teoría de la constitución, p. 179-80.

⁶⁷² VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística, p. 21.

⁶⁷³ CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, p. 66.

⁶⁷⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, Dogmática de direitos fundamentais e direito privado, p. 350.

⁶⁷⁵ Segundo Torres, tendo-se em mente que "a liberdade não pode ser total e ilimitada, posto que contrasta com a necessidade, se limita pelo direito e coincide com as características essenciais do ser humano", pode-se cogitar de direito absoluto, apesar deste não significar direito ilimitado e nem afastar totalmente os constrangimentos

ser limitados tanto por outros direitos fundamentais como por outros valores com sede constitucional, enquanto que as liberdades, por outras liberdades ou outros princípios constitucionais⁶⁷⁶.

Neste sentido, Fagundes Júnior⁶⁷⁷ afirma que "até mesmo se trate de título com carga valorativa inerente à própria vida das pessoas"⁶⁷⁸, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, não se admite falar em princípios que tenham prevalência incondicional sobre os demais porque pode ser que estes tenham que ceder espaço quando, em qualquer situação, lhe forem opostos outros princípios, ou seja, não se admite falar em princípio absoluto, mesmo quando este princípio seja a dignidade humana.

Especificamente quanto ao caráter não absoluto dos direitos, cabem duas ressalvas. A primeira, é que, segundo Queiroz⁶⁷⁹, a conclusão de que os direitos fundamentais não são absolutos não pode levar a afirmação de que os direitos e liberdades são relativos, mas, pelo contrário, deve tão-só evidenciar que tais direitos e liberdades sofrem restri-

legais. Admite, portanto, Torres que direitos absolutos "são aqueles que valem categoricamente nos limites traçados pela Constituição, afastando a intervenção do Estado", ou seja, são aqueles que se sujeitam "apenas às limitações absolutas, derivadas da própria liberdade e da legalidade e ditadas pela necessidade de se eliminarem as suas contradições, ao fito de lhes evitar a destruição" (RICARDO LOBO TORRES, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. III, p. 66).

⁶⁷⁶ Neste sentido ver: LUCIANA MABILIA MARTINS, O direito civil à privacidade e à intimidade, p. 347; MIGUEL JOSÉ FARIA, Direitos fundamentais e direitos do homem, P. 141.

⁶⁷⁷ JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais.

⁶⁷⁸ JOSÉ CABRAL PEREIRA FAGUNDES JÚNIOR, Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais, p. 69.

⁶⁷⁹ CRISTINA M. M. QUEIROZ, Direitos fundamentais (teoria geral).

ções e configurações⁶⁸⁰. E, a segunda, é que, de acordo com Mendes⁶⁸¹, é errônea a idéia de que os direitos fundamentais, as liberdades, os poderes e as garantias não sendo absolutos são passíveis de ilimitadas limitações⁶⁸², pelo contrário, todos os direitos, liberdades, poderes e garantias podem sim sofrer limitações, porém tais restrições são sempre limitadas⁶⁸³.

Assim - tomando-se por base que os direitos são limitáveis, ou seja, que os direitos são passíveis de sofrerem restrições - é correto afirmar, conforme identifica Mendes⁶⁸⁴, que existem duas situações distintas: a do direito e a da restrição. Logo, se existem duas situações lógicas e juridicamente distintas, admite-se, assim como Mendes⁶⁸⁵ o faz, que em princípio existem direitos não limitados, que só passam a ser limitados quando do surgimento de leis restritivas (ingeschränktes Recht)⁶⁸⁶.

⁶⁸⁰ Ressalta ainda Queiroz que por restrição de um direito deve ser entendido, conforme a perspectiva de Alexy, “toda a interpretação e aplicação do direito que conduza a uma exclusão da protecção jusfundamental. Neste sentido, o conceito de restrição representa a parte ‘negativa’ da norma jusfundamental. O lado ‘positivo’ da norma jusfundamental, pelo contrário, vem-nos dado pelos conceitos de ‘pressuposto de facto’ e ‘âmbito de protecção’ do direito fundamental” enquanto que “os conceitos de ‘pressuposto de facto’ e ‘âmbito de protecção’, por sua vez, vêm definidos de modo distinto, segundo a norma de direito jusfundamental particular. Em comum entre os dois existe apenas o facto de serem utilizados como contrapartida do conceito de ‘restrição’” (CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais (teoria geral)*, p. 199).

⁶⁸¹ GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais; Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

⁶⁸² Adverte Mendes que “se se admitisse que a lei poderia restringir ilimitadamente direitos fundamentais, ter-se-ia a completa supressão do efeito vinculante desses direitos em relação ao legislador” (GILMAR FERREIRA MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 39).

⁶⁸³ GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 241; *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 38.

⁶⁸⁴ GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*.

⁶⁸⁵ GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 224.

⁶⁸⁶ Esclarece Mendes que existe uma dualidade de teorias acerca da situação direito/restricção. A primeira teoria é a Teoria externa ou Aussentheorie, a qual admite “que entre a idéia de direito individual e a idéia de restrição inexistem uma relação necessária”, existindo tão somente uma relação “estabelecida pela necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos”. A segunda Teoria é a teoria interna ou Innentheorie,

Todavia, especificamente quanto às restrições ou limitações aos direitos fundamentais, vários são os modelos doutrinários que procuram identificá-las e as distinguir. Temos, por exemplo, os seguintes modelos.

Queiroz⁶⁸⁷ adota como modelo o que prevê que os direitos fundamentais podem sofrer limitações por meio de restrições e por meio de regulamentações. As restrições podem ser de dois tipos: as levadas a cabo tanto por normas constitucionais (diretamente constitucionais) e as levadas a cabo por normas infraconstitucionais (indiretamente constitucionais)⁶⁸⁸. Admitindo, por conseqüência, que as restrições diretamente constitucionais são imediatamente estabelecidas na Constituição, configurando-se, assim, como restrições constitucionais expressas - neste caso, a Constituição indica de forma clara o âmbito de proteção do direito e os respectivos limites aplicados a este, como, por exemplo, o inciso XVI do art. 5 da Constituição Federal brasileira⁶⁸⁹; enquanto que, as restrições implícitas (segundo a autora, "derivadas, fundamentalmente, da necessidade de salvaguardar 'outros direitos e interesses constitucional-

a qual afirma que "não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas sim a idéia de direito individual com determinado conteúdo", nesta teoria "a idéia de restrição (Schranke) é substituída pela de limite (Grenze)" (GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 224).

⁶⁸⁷ CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais (teoria geral)*.

⁶⁸⁸ CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais (teoria geral)*, p. 200.

⁶⁸⁹ No caso, estabelece a Constituição o direito de todos reunirem-se pacificamente e sem armas em locais abertos ao público e previamente avisado à autoridade competente (âmbito do direito), porém impõe enquanto limite que não se admitiram reuniões não pacíficas ou com armas ou que frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local.

mente protegidos"⁶⁹⁰) serão sempre restrições indiretamente constitucionais. Quanto às regulamentações, Queiroz⁶⁹¹ afirma que resulta claro que seus requisitos "não podem, em caso algum, ser confundidos com os requisitos de 'restrição' ou 'limitação' de direitos"⁶⁹², apesar de estabelecerem proibições aos direitos fundamentais face a determinadas doutrinas religiosas, políticas, filosóficas porque, neste caso, estar-se-ia diante de uma restrição, ao invés de uma regulamentação em sentido estrito, ou seja, do preenchimento ou do desenvolvimento legislativo do conteúdo do direito.

Outro modelo é fixado por Mendes⁶⁹³, o qual prefere crer que as restrições são decorrentes da própria Constituição e podem ser de dois tipos: as restrições por simples reserva legal ou simples restrição legal (einfacher Gesetzesvorbehalt) e as reservas legais ou restrições qualificadas (qualifizierter Gesetzesvorbehalt). No primeiro tipo, "a norma constitucional limita-se a reclamar que eventual restrição seja prevista em lei"; já no segundo, além da exigência de que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja previsto em lei, a Constituição passa a fixar, também, "as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados"⁶⁹⁴.

⁶⁹⁰ CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais (teoria geral)*, p. 203.

⁶⁹¹ CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais (teoria geral)*.

⁶⁹² CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais (teoria geral)*, p. 203-4.

⁶⁹³ GILMAR FERREIRA MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*.

⁶⁹⁴ GILMAR FERREIRA MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 38.

Farias⁶⁹⁵ estabelece outro modelo de restrição aos direitos fundamentais quando afirma que as restrições enquanto normas que "atingem ou afetam conteúdo de direito fundamental, isto é, limitam ou comprimem posições que, *prima facie*, estão incluídas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais", podem ser estabelecidas diretamente pela Constituição; ou mediante normas autorizadas pela Constituição (reserva de lei) - estas podendo ser mediante reserva de lei qualificada⁶⁹⁶, ou seja, quando a Constituição autoriza a restrição por meio de lei e fixa, conjuntamente, os objetivos e/ou requisitos para tal; e, também, mediante reserva de lei simples - quando não há a prescrição de nenhum requisito específico para a lei restritiva - e por normas estabelecidas tacitamente pela Constituição (restrições implícitas).

Da mesma forma como os direitos e as liberdades não são absolutas, as restrições postas pelo sistema aos direitos fundamentais não são ilimitadas, pelo contrário, são dispostos determinados mecanismos tendentes a controlar a restrição dos direitos e das liberdades⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ EDILSON PEREIRA DE FARIAS, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.

⁶⁹⁶ Neste sentido ver: GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 236.

⁶⁹⁷ Neste sentido ver: GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 241; *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 38.

Os mecanismos tendentes a controlar a restrição de direitos fundamentais são inúmeros. Cabe, portanto, explicitar neste momento somente alguns exemplos para identificar as formas pelas quais se podem impor limites às restrições dos direitos.

Segundo Queiroz⁶⁹⁸ uma das formas de limitação às restrições impostas aos direitos fundamentais é evidenciada por meio da existência de uma reserva de lei restritiva, ou seja, além da simples edição de lei para suprir a reserva de lei, torna-se necessário a aplicação sobre tais leis restritivas de uma "interpretação restritiva" das 'cláusulas limitadoras' do âmbito de proteção de um direito fundamental". Ou seja, as restrições além de serem dispostas em lei, devem ser interpretadas de forma restritiva, isto é, sobre o conteúdo destas deve-se efetuar "um 'teste forte de proporcionalidade', pois só a partir deste se poderá determinar, no caso, se uma restrição específica resulta ou não compatível com a natureza do direito em causa"⁶⁹⁹. Assim, não basta que a restrição esteja prevista em uma lei; é necessário que a restrição imposta seja compatível com a natureza do direito restringido.

⁶⁹⁸ CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais (teoria geral)*.

⁶⁹⁹ CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais (teoria geral)*, p. 212-3.

Em sentido similar ao proposto por Queiroz⁷⁰⁰, Mendes⁷⁰¹ afirma que às restrições são impostos, pela própria Constituição, limites imanentes ou limites dos limites (*Schranken-Schranken*), os quais visam - além da "proteção do núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas"⁷⁰², por meio do princípio da proteção do núcleo essencial (*Wesensgehaltsgarantie*)⁷⁰³⁷⁰⁴ - impor balizas à ação do legislador quando da fixação das restrições aos direitos, liberdades e garantias, por meio da proibição de leis restritivas de conteúdo casuístico ou discriminatório⁷⁰⁵, e; verificar a observância das restrições estabelecidas com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, isto é, se tais restrições são adequadas, necessárias e razoáveis. Difere, assim, o posicionamento de Mendes⁷⁰⁶ do posicionamento esposado por Queiroz⁷⁰⁷ porque aquele autor afirma que

[...] deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada

⁷⁰⁰ CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais (teoria geral)*.

⁷⁰¹ GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 241.

⁷⁰² GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 241.

⁷⁰³ Quanto ao princípio de proteção do núcleo essencial enfatiza Mendes que este "destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental mediante estabelecido de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais" (GILMAR FERREIRA MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*, p. 39).

⁷⁰⁴ Especificamente quanto à necessidade de proteção do núcleo essencial ver: PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 127.

⁷⁰⁵ Afirma Mendes que "em outros termos, as restrições aos direitos fundamentais devem ser estabelecidas por leis que atendam aos requisitos da generalidade e da abstração, evitando, assim, tanto a violação do princípio da igualdade material, quanto a possibilidade de que, através de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar autênticos atos administrativos" (GILMAR FERREIRA MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*, p. 40).

⁷⁰⁶ GILMAR FERREIRA MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*.

⁷⁰⁷ CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais (teoria geral)*.

(reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit)⁷⁰⁸.

Outra limitação imposta às leis restritivas de direito fundamental é restrição que estas não afetem às condições mínimas evidenciadas pelos direitos fundamentais de existência humana digna, ou seja, as restrições aos direitos fundamentais não podem fazer com que a dignidade humana e as condições materiais de existência retrocedam aquém de um mínimo⁷⁰⁹.

Branco⁷¹⁰ admite, ainda, outro limite às limitações impostas pelas leis restritivas: a proibição de retrocesso. Tal proibição visa assegurar que "no que pertine a direitos fundamentais que dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizarem, uma vez obtido certo grau de sua re-

⁷⁰⁸ GILMAR FERREIRA MENDES, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional, p. 43-4.

⁷⁰⁹ Neste sentido ver: RICARDO LOBO TORRES, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. III, p. 67-146-7.

⁷¹⁰ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.

alização"⁷¹¹ não se pode editar legislação posterior que reverta as conquistas obtidas.

Dessa maneira, conforme comprovado pelos exemplos transcritos de limitações à edição de normas restritiva, cabe o esclarecimento de que toda vez que se encontrarem as expressões "na forma da lei", "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer", "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", "nos termos da lei", "salvo nas hipóteses previstas em lei", estar-se-á diante da fixação da possibilidade de edição de normas restritivas. Se bem que, outras vezes, segundo Mendes⁷¹², "a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito", como, por exemplo, com cláusula da "função social".

Bem como, tem-se como exemplo da sistemática de limitação das leis restritivas de direitos fundamentais, o prescrito no art. 18, n. 2 e 3 da Constituição Portuguesa, a qual estabelece que as leis restritivas de direitos e liberdades não podem deixar de se fundar, explícita ou implicitamente, na Constituição; que as restrições devem limitar-se ao necessário, ou seja, devem guardar proporcionalidade necessária para salvaguardar outros interesses ou di-

⁷¹¹ PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 127.

⁷¹² GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 213.

reitos constitucionalmente protegidos⁷¹³; que as restrições têm de se revestir de caráter geral e abstrato, e; que as restrições não podem diminuir a extensão e o alcance do núcleo essencial⁷¹⁴ dos direitos fundamentais⁷¹⁵.

Ademais, deve-se ter em mente que os mecanismos impostos pelo sistema às leis restritivas de direito fundamental visam, sobretudo, dificultar abusos por parte do Estado quando da fixação de limites aos direitos fundamentais, posto que possibilitar que o Estado imponha toda e qualquer limitação ou restrição a um dado direito fundamental é dar competência a este para diminuir a eficácia de aplicação daquele até um mínimo, o qual seja ineficaz para afastar posteriormente abusos por parte do Estado, que esvazie por completo seu significado⁷¹⁶.

Em razão de todo o exposto, a de se concordar com Schmitt⁷¹⁷ de que toda e qualquer ingerência ou limitação aos

⁷¹³ "Artículo 18.2 La ley solo podrá restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución, debiendo las restricciones limitarse a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos. 3. Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deberán revestir carácter general y abstracto y no podrán surtir efectos retroactivos ni reducir la extensión ni el ámbito del contenido esencial de preceptos constitucionales" (FRANCISCO RUBIO LLORENTE e MARIANO DARANAS PELÁEZ, *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, p. 400).

⁷¹⁴ De acordo com Leal, "o princípio da proteção do núcleo essencial que se destina a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental, mediante estabelecimento de restrições descabidas ou desproporcionais, advém da supremacia da constituição e do significado destes direitos na estrutura constitucional dos países dotados de constituições rígidas, como o caso do Brasil" (ROGÉRIO GESTA LEAL, *Perspectivas hermenêuticas dos direitos fundamentais no Brasil*, p. 187).

⁷¹⁵ Infelizmente o legislador constituinte não incluiu norma similar na Constituição Federal de 1988.

⁷¹⁶ Neste sentido ver: GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 230.

⁷¹⁷ CARL SCHMITT, *Teoría de la constitución*.

direitos fundamentais sempre são exceções legais⁷¹⁸ e, como tal, sempre são calculadas, mensuradas e controladas "com arreglo al supuesto y contenido"⁷¹⁹.

4.2.5.2. Dos limites impostos aos direitos à intimidade e à vida privada:

O exercício do direito ou da liberdade existencial à intimidade e à vida privada, apesar de gozarem de proteção constitucional reforçada em razão de serem indispensáveis a vida humana com dignidade⁷²⁰, não é absoluto⁷²¹, porque pode ser ponderado/a, em caso de conflito, com outros direitos ou princípios constitucionais.

Ressalta ainda Sarmento⁷²², quanto às liberdades existenciais de intimidade e de vida privada que estas "não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valioso que o sejam"⁷²³.

⁷¹⁸ Afirma Mendes que "nos casos de direitos fundamentais sem reserva legal expressa, não prevê a Constituição, explicitamente, a possibilidade de intervenção legislativa", nestes casos, 'não pode o legislador, em princípio, ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção" (GILMAR FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 240). Neste sentido ver também: CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, p. 78.

⁷¹⁹ CARL SCHMITT, *Teoría de la constitución*, p. 179-80.

⁷²⁰ DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*.

⁷²¹ Neste sentido ver: SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos eletrônicos*, p. 27.

⁷²² DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*.

⁷²³ DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 214-5.

Luciana Martins⁷²⁴ enfatiza, assim, quanto aos direitos fundamentais que estes não são nem limitados e nem absolutos, mas tão-só encontram barreiras ao seu conteúdo em outros direitos ou bens igualmente relevantes.

Todavia, especificamente quanto às restrições aos direitos fundamentais de índole institucional, em especial aos direitos à intimidade e à vida privada, afirma Mendes⁷²⁵ que a vinculação do legislador assume inequívoco relevo porque se cuidam de direitos "dotados de âmbito de proteção estritamente normativo (normgeprägter Normbereich), que, por isso, carecem de concretização legislativa específica"⁷²⁶. Ademais, ressalta Mendes⁷²⁷ que em razão disto, o legislador estará obrigado, além da fixação dos limites para determinados direitos individuais, a observar rigorosamente os limites estabelecidos pela Constituição para a imposição de restrições ou de limitações.

Neste sentido, os direitos à intimidade e à vida privada devem ter seus limites descritos de forma rigorosa pelo legislador constituinte, para que não sejam impostas outras restrições ou limitações pelo legislador infraconstitucional.

⁷²⁴ LUCIANA MABILIA MARTINS, O direito civil à privacidade e à intimidade, p. 347.

⁷²⁵ GILMAR FERREIRA MENDES, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucionais.

⁷²⁶ GILMAR FERREIRA MENDES, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucionais, p. 214.

⁷²⁷ GILMAR FERREIRA MENDES, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucionais.

Conseqüentemente, todas as restrições impostas aos direitos à intimidade e à vida privada e, em especial aos direitos fundamentais, estão previstas constitucionalmente, apesar de que em alguns casos a de se falar em restrições implícitas ou indiretamente constitucionais aplicáveis à-queles direitos.

São exemplos de limitações ou de restrições aos direitos à intimidade e à vida privada, a possibilidade de terceiros, legal ou constitucionalmente autorizados, em dadas situações, penetrarem nos locais privados quando da existência de dadas situações; conhecerem as informações contidas em comunicações ou em correspondências de restrita divulgação; conhecerem os dados relacionados com a intimidade e com a vida privada dos indivíduos; a possibilidade de monitoração de determinados aspectos da vida íntima ou privada dos indivíduos, dentre outras⁷²⁸.

Por outro lado, alguns autores - como, por exemplo, Tavares⁷²⁹, Flach⁷³⁰, Diez-Picazo⁷³¹, Farias⁷³², Jabur⁷³³ -

⁷²⁸ Adverte Vieira que "há situações nas quais o interesse público se sobrepõe ao particular, justificando, assim, o sacrifício da intimidade", como, por exemplo, "em casos de apuração de responsabilidades no âmbito criminal, o interesse público permite sejam realizadas buscas domiciliares, e até mesmo escutas telefônicas, desde que autorizadas judicialmente e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, da Constituição Federal Brasileira de 1988); assim, agentes do fisco e da Previdência Social podem ter acesso aos documentos e registro das empresas para apuração do recolhimento de tributos, contribuições previdenciárias e demais obrigações legais" (SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos eletrônicos, p. 27-8).

⁷²⁹ ANDRÉ RAMOS TAVARES, Curso de direito constitucional.

⁷³⁰ DAISSON FLACH, O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação, p. 385.

⁷³¹ LUIS DIEZ-PICAZO, Derecho y masificación social e Tecnología y derecho privado (dos esbozos), p. 115-6.

identificam outras restrições aos direitos à intimidade e à vida privada que não somente aqueles previstos expressamente pela Constituição. Identificam, assim, que independentemente da não haver previsão expressa para a restrição do conteúdo de alguns direitos, estes devem ser conformados em razão de um interesse maior - veja o caso da afastamento da oponibilidade da garantia/direito a sigilo bancário, enquanto forma de proteção da intimidade e da vida privada, quando os dados bancários e fiscais estiverem correlacionados a verbas públicas ou, quando mediante autorização judicial suficientemente amparada, for admissível a quebra do sigilo para efetuar investigações ou produzir provas contra o indivíduo portador daqueles dados⁷³⁴; neste caso, admitem os autores, que não se trata de uma restrição propriamente dita, mas tão-só de uma conformação do direito ao interesse público.

Tal hipótese de conformação dos direitos fundamentais não deve ser aceita, porque admitir a sua aceitabilidade é admitir que além das restrições explícitas constitucionalmente, aqui também englobadas as restrições indiretamente constitucionais, existem outras limitações ou restrições aos direitos fundamentais que não aquelas previstas ou endossadas constitucionalmente. Além do que, admitir a e-

⁷³² EDILSON PEREIRA DE FARIAS, *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, p. 143.

⁷³³ GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*, p. 287.

⁷³⁴ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de direito constitucional*, p. 444.

xistência de outras restrições aos direitos fundamentais, além daquelas já possibilitadas pela norma constitucional, é consentir na diminuição do núcleo essencial do direito fundamental conformato e uma condição abaixo do mínimo necessário evidenciado pela Constituição⁷³⁵.

Todavia, não admitir a fixação de restrições aos direitos fundamentais por meio de conformação de seu conteúdo a outros interesses não implica, conseqüentemente, no afastamento da possibilidade de restrições amplas, diretas ou indiretas, aos direitos fundamentais, visto que, conforme evidenciado por Bastos, a própria Constituição brasileira de 1988 permitiu que o direito à intimidade e à vida privada exercido mediante o sigilo de correspondências sofresse uma restrição ampla, quando permitiu que norma infraconstitucional fixasse muitas hipóteses de restrição àquele direito fundamental, em razão de, nesses casos, sobrelevar-se o interesse social ao particular.

Ademais, deve-se ressaltar que por não se admitir a restrição dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada via conformação de seu conteúdo, afasta-se a idéia de que tais direitos quando contrapostos a outros direitos fundamentais de suposto maior interesse devem ser relativizados de forma proporcional a fim de solucionar o conflito

⁷³⁵ Neste sentido afirma Cunha que o direito à privacidade, enquanto elemento constitutivo e essencial da dignidade humana, "não pode nunca ser relativizado" (ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA, Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil, p. 253).

em questão, porque não se admite a existência de outros direitos fundamentais de interesse superior aos direitos à intimidade e à vida privada; admite-se tão somente a existência de direitos fundamentais de igual interesse ou valor, o que implica na manutenção proporcional dos direitos fundamentais quando contrapostos - ou seja, não se admite o afastamento ou a prevalência de um direito fundamental, enquanto princípio, sobre outro direito fundamental, mas somente a existência mútua e proporcional destes.

Por tudo isso que se deve afirmar que, especialmente, aos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada não se admite a existência de quaisquer outras restrições que não as previstas constitucionalmente, bem como não se admite a restrição do núcleo daqueles direitos pela conformação de seu conteúdo a quaisquer interesses que não nos casos previstos constitucionalmente⁷³⁶.

Transpassadas essas considerações iniciais, cabe a explicitação, especificamente quanto ao vigente sistema constitucional brasileiro, das restrições admitidas aos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada.

⁷³⁶ De acordo com Vieira existem "limitações à intimidade e à vida privada. Porém, apenas restrições e não sua eliminação total. Porque, o interesse público haverá que se deter diante da esfera mais íntima da vida privada, que é inviolável. A intromissão, ali, do interesse público, seria injustificável, configurando-se mera curiosidade" (SÔNIA AGUIAR DO AMARAL VIEIRA, Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos eletrônicos, p. 27-8).

Admite a Constituição brasileira de 1988 que a intimidade e a vida privada podem sofrer as seguintes restrições: a restrição à intimidade e à vida privada doméstica em quaisquer momentos quando houver flagrante delito, desastre ou a necessidade de se prestar socorro aos indivíduos residentes; a restrição à intimidade e à vida privada doméstica, somente durante o dia, quando houver determinação judicial para tal; restrição à intimidade e à vida privada das comunicações telefônicas, desde que haja autorização judicial, nos casos e na forma que o legislador dispuser, desde que seja com a finalidade de investigação criminal ou para instrução processual penal; restrição à intimidade e a vida privada contidas em dados quando estes forem de interesse coletivo ou geral, e; restrição da intimidade e da vida privada quando da realização de atos processuais públicos.

4.2.6. *Da suspensão do direito à intimidade e à vida privada:*

As Constituições prevêm mecanismos de proteção ou medidas excepcionais para a restauração da ordem constitucional em momentos de crise, como, por exemplo, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, na Constituição Brasileira de 1988.

Neste sentido, informa Delgado⁷³⁷ que

[...] la suspensión de derechos viene justificándose doctrinalmente en todos los sistemas políticos y también en los democráticos. La vida normal del Estado moderno va acompañada de un régimen de garantías que son derechos para los ciudadanos y límites para la actuación del poder público. Pero cuando surge la anomalía y no bastan los recursos ordinarios, o los establecidos para situaciones de normalidad, se ponen en manos de tanto del poder Legislativo como del Ejecutivo, facultades extraordinarias para solventar la anomalía⁷³⁸.

Afirma Alexandre de Moraes⁷³⁹ que tais mecanismos formam o chamado sistema constitucional das crises, o qual

[...] consiste em um conjunto de normas constitucionais, que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporalidade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional⁷⁴⁰.

Especificamente ao sistema constitucional brasileiro de crises estabelecido pela Constituição Federal de 1988, deve-se ter em mente que foram criadas, conforme já

⁷³⁷ LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad.

⁷³⁸ LUCRECIO REBOLLO DELGADO, El derecho fundamental a la intimidad, p. 273.

⁷³⁹ ALEXANDRE DE MORAES, Constituição do Brasil interpretada.

⁷⁴⁰ ALEXANDRE DE MORAES, Constituição do Brasil interpretada, p. 1630.

mencionado alhures, duas as modalidades: o Estado de Defesa (art. 136) e o Estado de Sítio (art. 137-9).

No Estado de Defesa, cabe ao Presidente da República decretá-lo para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza; deve ainda o decreto que instituir o Estado de Defesa indicar, nos termos e limite da lei, as medidas coercitivas (restrições aos direitos de reunião, ainda que exercida no seio das associações; de correspondência e de sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; bem como, a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública), o tempo (que não poderá ser superior a trinta dias, prorrogado por igual período) e as áreas atingidas.

Enquanto que, no Estado de Sítio, caberá ao Presidente, ouvido o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional a autorização para decretá-lo quando houver comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; ou, quando houver declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Devendo indicar, por meio de decreto, o tempo de duração, as normas necessárias a sua execu-

ção e as garantias constitucionais que ficarão suspensas (especificamente quando da ocorrência de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, podem ser adotadas as seguintes medidas: obrigação de permanência em dada localidade; detenção em edifício; restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção nas empresas de serviços públicos e a requisição de bens).

Tem-se, assim, que no Estado de Defesa somente podem ser impostas restrições às garantias de sigilo de correspondência e de sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, não sendo possível que tais restrições impliquem na cassação destas garantias, bem como que tais restrições impliquem numa diminuição tal que se impossibilite a preservação dos direitos à intimidade e à vida privada. Enquanto que, no Estado de Sítio, dar-se-á a suspensão das garantias de inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, bem como, além das demais, a busca e apreensão em domicílio, o que implica que as medidas a serem adotadas podem interferir diretamente no núcleo essencial daquelas garantias à intimidade e à vida

privada, afastando, assim, a proteção da intimidade e da vida privada por meio destas garantias.

Destarte, nem no Estado de Sítio e nem no Estado de Defesa podem ser suprimidos os direitos à intimidade e à vida privada, mas tão-somente podem ser impostas restrições e suspensões a determinadas garantias destes.

CONCLUSÃO

Nesta dissertação pode-se concluir que:

1. As pessoas sofrem, no dia a dia, inúmeras pressões sociais quanto aos fatos e atos relacionados com a esfera de sua personalidade, mais, especificamente, com a intimidade e com a vida privada daquelas;
2. Em razão disto, as pessoas começaram a sentir a necessidade de construir arquétipos psicológicos que pudessem servir de barreiras às intervenções sociais na sua personalidade tendentes a invadir e divulgar atos e fatos relacionados com a intimidade e com a vida privada daquelas;
3. A primeira concepção de instrumento de defesa à intimidade e à vida privada dos indivíduos foi a formação de uma esfera psicológica que possibilitasse o exercício da intimidade. Porém, tal instrumento de defesa não possibilitava que a vida privada dos indivíduos fosse gozada de forma plena;
4. As pessoas passam a compreender que a esfera dos fatos e atos ligados diretamente a sua personalidade mais

nuclear, não se contém somente na possibilidade dos indivíduos vivenciarem sozinhos os fatos pessoais;

5. As pessoas passam a necessitar de uma ampla proteção dos fatos e atos relacionados à sua personalidade; surge a compreensão de que tais atos podem ser divididos com outras pessoas, sem que tais atos e fatos passem ao conhecimento da sociedade;
6. As pessoas passam a compreender que os atos e fatos relacionados com sua personalidade podem ser exercidos em quatro esferas: na pública (de conhecimento de todos e quaisquer interessados), na privada (quando impede-se que a totalidade da sociedade tome conhecimento de determinados atos e fatos relacionados com o indivíduo), na intimidade (quando tais atos e fatos são compartilhados com um número reduzido de outros indivíduos, afastando-se o contato com outros não autorizados pelo próprio indivíduo) e no segredo (quando o indivíduo não comunica a ninguém determinados atos e fatos relacionados com a sua vida ou com sua personalidade);
7. Em razão disto, passam os indivíduos a disciplinarem os conteúdos de sua personalidade por meio de instru-

mentos normativos legais, tendentes a preservar e a efetivar as diversas áreas da personalidade. Tais instrumentos legais são formatados sob a forma de direitos da personalidade, os quais visam, sobretudo, afastar as áreas da personalidade humana dos abusos dos demais indivíduos;

8. Posteriormente, tais direitos são incorporados nos sistemas constitucionais, com a finalidade de melhor preservar e efetivar os direitos da personalidade dos indivíduos, e dentre esses, os direitos à intimidade e à vida privada. Surgem, assim, os direitos civis constitucionais, ou seja, direitos materialmente civis, porém formalizados constitucionalmente que visam, dentre outras funções, preservar e efetivar a intimidade e a vida privada das pessoas;

9. Posteriormente, pela necessidade de efetivar de forma plena a dignidade humana, os direitos civis constitucionais foram guindados ao rol dos direitos fundamentais dos indivíduos, como forma de possibilitar a defesa, dentre outros aspectos, da intimidade e da vida privada dos indivíduos perante os abusos do Estado;

10. Constitucionaliza-se, assim, a intimidade e a vida privada dos indivíduos como forma de efetivar e promover a dignidade humana;

11. A proteção da intimidade e da vida privada nas Constituições, dá-se de forma diversa. Porém, pode-se ressaltar que a maioria das Cartas constitucionais identificam essas áreas da personalidade como direitos de defesa e de efetivação das áreas de interesse do indivíduo;

12. Ademais, firmam as Cartas constitucionais limites, garantias e formas de resolução de conflitos dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos à intimidade e à vida privada.

13. Especificamente quanto aos direitos à intimidade e à vida privada pode-se afirmar que esses não são absolutos, porém, não podem sofrer outras limitações que não as previstas constitucionalmente, bem como que as limitações impostas pelas Constituições não podem reduzir o conteúdo daqueles direitos abaixo do mínimo necessário a efetivação da dignidade humana da vida íntima e privada;

14. Asseguram, também, as Constituições garantias institucionais, constitucionais e processuais efetivas que possam ser utilizadas pelos indivíduos para a preservação e efetivação dos direitos à intimidade e à vida privada;
15. Pode-se concluir, também, que quando os direitos à intimidade e à privacidade forem contrapostos a outros direitos, princípios, liberdades ou valores constitucionais a de ser efetivada a ponderação proporcional dos interesses conflitivos, para que o núcleo da intimidade e da vida privada seja preservado, e;
16. Podem, ainda, determinadas garantias dos direitos à intimidade e à vida privada serem suspensas ou limitadas excepcionalmente quando da ocorrência de medidas excepcionais tendentes à proteção e à restauração da ordem constitucional, porém, não podem os núcleos dos direitos à intimidade e à vida privada serem reduzidos aquém do mínimo necessário a efetivação digna dessas áreas da personalidade.

17. BIBLIOGRAFIA

1. ABBAGNANO, NICOLA. Dicionário de filosofia - trad. 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da trad. e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti - 4ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2000.
2. ADIERS, LEANDRO BITTENCOURT. Sigilo bancário, monitoramento e reserva de privacidade. Revista de Estudos Tributários. Porto Alegre: Síntese, ano 4, n. 29, jan./fev., p. 12-24, 2003.
3. ADORNO, LUIS O. Abuso del derecho. Revista de Direito Civil. São Paulo: RT, ano 6, n. 19, jan./mar., 1982.
4. AIETA, VÂNIA SICILIANO. A garantia da intimidade: como direito fundamental. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.
5. ALBUQUERQUE, RONALDO GATTI DE. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio, in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 72-86.

6. ALEXY, ROBERT. Teoría del discurso y derechos humanos; serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho, n. 1. Columbia: Universidad Externado de Colombia, 1995.
7. _____. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - El Derecho y la Justicia, 2002.
8. ALVES, GLÁUCIA CORREA RETAMOZO BARCELOS. Sobre a dignidade da pessoa, in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 213-229.
9. AMARAL, GUSTAVO. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes, in Teoria dos Direitos Fundamentais - org. Ricardo lobo Torres - Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 95-116.
10. AMARAL JÚNIOR, ALBERTO DO. A institucionalização dos direitos humanos: conquistas e desafios, in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional - coord. Flávia Piovesan - São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 637-650.
11. _____. A proteção internacional dos direitos humanos. Revista de Informação Legislativa. Brasília:

- Senado Federal, ano XXXIX, n. 155, jul.-set., p. 51-60, 2002.
12. AMARAL JÚNIOR, JOSÉ LEVI MELLO DO. Constituição e codificação: primórdios do binômio, in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54-71.
 13. AMORIM, JOSÉ ROBERTO NEVES. Direito sobre a história da própria vida. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 87, vol. 749, mar., p. 124-133, 1998.
 14. ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p.271-298.
 15. ANNONI, DANIELA. Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
 16. ANTUNES, EDUARDO MUYLAERT. Natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 61, vol. 446, dez., p. 27-36, 1972.

17. ARANHA, MÁRCIO IORIO. Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2000.
18. ARAUJO, LUIZ ALBERTO DAVID. A correspondência eletrônica do empregado (e-mail) e o poder diretivo do empregador. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, ano 10, n. 40, jul./set., p. 96-121, 2002.
19. _____. A proteção constitucional da própria imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
20. ARAUJO, LUIZ ALBERTO DAVID et NUNES JÚNIOR, VIDAL SERRANO. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2001.
21. ARAÚJO, NÁDIA DE. Aplicação do direito internacional privado e a proteção da pessoa humana - utilização do princípio de sua dignidade como informador da ordem pública, in Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos - coord. Daniela Annoni. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 421-25.

22. ARENHART, SÉRGIO CRUZ. A tutela inibitória da vida privada - (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 2). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
23. ARRUDA JÚNIOR, EDMUNDO LIMA DE et GONÇALVES, MARCUS FABIANO. Globalização, direitos humanos e desenvolvimento, in Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos - coord. Daniela Annoni. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 125-144.
24. ATALIBA, GERALDO. Liberdades públicas. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXIV, n. 93, jan.-mar., p. 99-104, 1987.
25. AVILA, MARCELO ROQUE ANDERSON MACIEL. A garantia dos direitos fundamentais frente às emendas constitucionais. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 89, vol. 780, out., p. 29-46, 2000.
26. AVILLÉS, MARÍA DEL CARMEN BARRANCO. La teoría jurídica de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Dykinson, 2000.
27. AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA DE. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tri-

- bunais. São Paulo: RT, ano 91, vol. 797, mar., p. 11-26, 2002.
28. BARBEITAS, ANDRÉ TERRIGNO. O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses. São Paulo: Malheiros, 2003.
29. BARBOSA, SÍLVIO HENRIQUE VIEIRA. Informação x privacidade - dano moral resultante do abuso da liberdade de imprensa. Revista de Direito Civil. São Paulo: RT, ano 19, n. 73, jul./set., p. 70-78, 1995.
30. BARCELLOS, ANA PAULA DE. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional, in A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas - org. Luís Roberto Barroso - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118.
31. BARRAL, WELBER. Direitos humanos: uma abordagem conceitual. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXXI, n. 121, jan./mar., p. 167-170, 1994.
32. BARRETO, RICARDO C. MANDARINO. Sigilo bancário - direito à intimidade ou privilégio. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil. Brasília: AJUFE, ano 21, n. 69, jan./mar., p. 247-259, 2002.

33. BARROS, ALICE MONTEIRO DE. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTr, 1997.
34. BARROS, HAMILTON DE MORAES E. A proteção jurisdicional dos direitos humanos no direito positivo brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano VIII, n. 32, out./dez., p. 65-82, 1971.
35. BARROSO, LUIZ ROBERTO. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), in A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas - org. Luís Roberto Barroso - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 01-48.
36. _____. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
37. BARROSO, PORFIRIO et TALAVERA, MARÍA DEL MAR LÓPEZ. La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales. Madrid: Fragua Editorial, 1998.

38. BASTOS, CELSO RIBEIRO. Curso de direito constitucional - 22^a ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2001.
39. _____. Curso de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
40. _____. Habeas Data, in Habeas Data - coord. Teresa Arruda Alvim Wambier - São Paulo: RT, 1998, p. 83-93.
41. BASTOS, CELSO RIBEIRO E MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 - 2 ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2001.
42. BAYLER, MARIA CÉLIA CALMON DE ALMEIDA. Os princípios fundamentais e a conformação do Estado brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, ano 8, n. 33, out./dez., p. 243-261, 2000.
43. BELLOQUE, JULIANA GARCIA. Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
44. BERCOVICI, GILBERTO. Dilemas da concretização da constituição de 1988. Revista do Instituto de Herme-

- nêutica Jurídica: (neo) constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje as constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 2, p.79-100, 2004.
45. BICUDO, HÉLIO. Direitos humanos e sua proteção. São Paulo: FTD, 1997.
46. BITTAR, CARLOS ALBERTO. Os direitos da personalidade - 5ª ed atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
47. BITTAR, CARLOS ALBERTO et BITTAR FILHO, CARLOS ALBERTO. Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais - 2ª ed. rev. e atual. - São Paulo: RT, 2002.
48. BITTAR, EDUARDO C. B. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXXVI, n. 143, jul./set., p. 63-70, 1999.
49. BITTAR FILHO, CARLOS ALBERTO. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. Revista de Direito Civil. São Paulo: RT, ano 20, n. 78, out./dez., p. 5-21, 1996.

50. BOBBIO, NORBERTO. A era dos direitos - trad. Carlos Nelson Coutinho - Rio de Janeiro: Campus, 1992.
51. _____. Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política - trad. Marco Aurélio Nogueira - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
52. _____. Teoria do ordenamento jurídico - trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos; rev. Téc. Cláudio De Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferras Júnior - 10ª ed. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
53. BOM, PIERRE. Proteção dos direitos do homem na França. Revista de Direito Público. São Paulo: RT, ano XXI, n. 88, out.-dez. , p. 127-144, 1988.
54. BONAVIDES, PAULO. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001.
55. _____. 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.

56. BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais, in *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 103-196.
57. BRANDÃO, ADELINO. Os direitos humanos: antologia de textos históricos. São Paulo: Landy Editora, 2001.
58. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84367-RJ - Rio de Janeiro, Relator Min. Carlos Britto, 09 de novembro de 2004. Disponível em: <http://gemini.stf/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=jul&sl=intimidade.htm>. Acesso em: 28/01/2005.
59. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 82549-PA - Pará, Relator Min. Eros Grau, 24 de agosto de 2004. Disponível em: <http://gemini.stf/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=jul&sl=intimidade.htm>. Acesso em: 28/01/2005.
60. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 248869-SP - São Paulo, Relator Min. Maurício Corrêa, 07 de agosto de 2003. Disponível em: <http://gemini.stf/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=jul&sl=intimidade.htm>. Acesso em: 28/01/2005.

61. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 192593-SP - São Paulo, Relator Min. Ilmar Glavão, 11 de novembro de 1999. Disponível em: <http://gemini.stf/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=jul&sl=intimidade.htm>. Acesso em: 28/01/2005.
62. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 75323-RJ - Rio de Janeiro, Relator Min. Carlos Velloso, 07 de maio de 1997. Disponível em: <http://gemini.stf/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=jul&sl=intimidade.htm>. Acesso em: 28/01/2005.
63. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1517-UF - União Federal, Relator Min. Maurício Corrêa, 30 de abril de 1997. Disponível em: <http://gemini.stf/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=jul&sl=intimidade.htm>. Acesso em: 28/01/2005.
64. BRITTO, CARLOS AYRES. Teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
65. BUENOS, ROBERTO et al. Os limites da liberdade: estudos jurídicos e sociológicos - org. Roberto Bueno - Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
66. CAMINHA, MARIA DO CARMO PUCCINI. Os direitos humanos, os direitos fundamentais e a Constituição brasi-

- leira. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, vol. 360, mar./abr., ano 1998, p. 71-79, 2002.
67. CAMPOS, GERMÁN J. BIDART. La interpretación del sistema de derechos humanos. Revista do Instituto Interamericano de derechos humanos. México: IIDH, n. 19, jan./jun. , p. 11-46, 1994.
68. _____. Los "bienes coletivos" en el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos (Argentina), in Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.
69. CANARIS, CLAUS-WILHELM. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 223-244.
70. _____. Direitos fundamentais e direito privado - trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto - Coimbra: Almedina, 2003.
71. _____. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito - trad. A. Menezes Cordeiro - 2ª ed. - Lisboa: Fundação Calouste Glubenkian, 1996.

72. CANOTILHO, J.J. GOMES. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno, in Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Pulo Bonavides - org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho - São Paulo: Malheiros, 2003.
73. _____. Direito constitucional e teoria da Constituição. Lisboa: Almedina, 2000.
74. _____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 339-357.
75. _____. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada, in Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.
76. CARNEIRO, RODRIGO BORGES. Revista da associação Brasileira de Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: ABPI, n. 57, mar./abr., ano 2002, p. 3-18, 2002.

77. CARNELUTTI, FRANCESCO. Teoria geral do direito - trad. Antônio Carlos Ferreira - São Paulo: LEJUS, 1999.
78. CARRAZZA, ROQUE ANTONIO. Curso de direito constitucional tributário - 14ª ed., revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 26/2000. São Paulo: Malheiros, 2000.
79. CARVALHO, PAULO DE BARROS. Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária - 2ª ed. rev. - São Paulo: Saraiva, 1999.
80. CASTRO, CARLOS ROBERTO SIQUEIRA. A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
81. CASTRO, MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA. Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
82. CHAVES, ANTÔNIO. Direito à própria imagem. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 62, vol. 451, maio, p. 11-23, 1973.

83. _____. Os direitos fundamentais da personalidade moral (à integridade psíquica, à segurança, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade). Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XV, n. 58, abr./jun., p. 157-180, 1978.
84. _____. Direitos da personalidade e dano moral. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 84, vol. 712, fev., p. 7-14, 1995.
85. CHIAMULERA, IGLAIR TEREZINHA MARQUETTO. Os direitos humanos como autonomia privada e projeção pública dos direitos subjetivos na condição política pós-moderna, in Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos - coord. Daniela Annoni. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 211-218.
86. CIFUENTES, SANTOS. Derechos personalísimos. 2^a ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.
87. CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN e FREIRE, ALEXANDRE REIS SIQUEIRA. Algumas Notas sobre Colisão de Direito Fundamentais, in Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

88. COELHO, EDIHERMES MARQUES. Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária. São Paulo: Editora Jaurez de Oliveira, 2003.
89. COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES. Direitos individuais e coletivos na Constituição de 1988. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXIX, n. 115, jul./set., p. 43-51, 1992.
90. COLOMA, AURELIA MARÍA ROMERO. Honor, intimidad e imagen de las personas famosas. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001.
91. COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, III, 2001, São Paulo. Respostas às Questões. Buenos Aires: La Ley, 2001.
92. COMPARATO, FÁBIO KONDER. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2001.
93. _____. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, in Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

94. CORRÊA, LUCIANE AMARAL. O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução, in *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado* - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
95. COSTA, JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa, in *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho* - coord. Sérgio Resende de Barros, Fernando Aurélio Zilveti - São Paulo: Dialética, 1999.
96. COUTINHO, ALDACY RACHID. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores, in *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 165-184.
97. COVELLO, SÉRGIO CARLOS. O sigilo bancário como proteção à intimidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 78, vol. 648, out., p. 27-30, 1989.
98. CUNHA, ALEXANDRE DOS SANTOS. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil, in *A reconstrução do direito privado* - org. Judith Martins-

- Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 230-264.
99. CUNHA, PAULO FERREIRA DA. Res Publica: ensaios constitucionais. Coimbra: Almedina, 1998.
100. _____. Teoria da Constituição, vol. II - direitos humanos direitos fundamentais. Lisboa: Editorial Verbo, 2000.
101. CUNHA, SÉRGIO SÉRVULO. O que é um princípio, in Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.
102. CUNHA JÚNIOR, DIRLEY DA. Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.
103. CUPIS, ADRIANO DE. Os direitos da personalidade - trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro - Lisboa: Livraria Moraes, 1961.
104. CUSTÓDIO, ANTONIO JOAQUIM FERREIRA. Constituição federal interpretada pelo STF. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

105. DALLARI, DALMO DE ABREU. Elementos de teoria geral do Estado - 21ª ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2000.
106. DAVID, RENÉ. Os grandes sistemas do direito contemporâneo - trad. Hermínio A. Carvalho - 4ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2002.
107. DEDA, ARTUR OSCAR DE OLIVEIRA. A intimidade como direito subjetivo privado. Revista de Direito Civil. São Paulo: RT, ano 10, n. 36, abr./jun., p. 21-32, 1986.
108. DELGADO, JOSÉ AUGUSTO. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro, in COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, III, 2001, São Paulo. Respostas às Questões. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 39-78.
109. DELGADO, LUCRÉCIO REBOLLO. El derecho fundamental a la intimidad. Madrid: Dykinson, 2000.
110. DELPÉRÉE, FRANCIS, O Direito à Dignidade Humana, in Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho - coord. Sérgio Resende de Barros, Fernando Aurélio Zilveti, São Paulo: Dialética, 1999.

111. DERZI, MISABEL ABREU MACHADO e COELHO, SACHA CALMON NAVARRO. Direito tributário aplicado: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
112. DIEZ-PICAZO, LUIS. Derecho y masificación social. Tecnologia y Derecho privado (Dos esbozos) - 2ª ed. - Madrid: Cuadernos Cívitas, 1987.
113. DIMOULIS, DIMITRI. Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, vol. 769, p. 11-27, 1988.
114. DINIZ, MARIA HELENA. Compêndio de introdução à ciência do direito. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
115. DONEDA, DANILO CESAR MAGANHOTO. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade, in Problemas de Direito Civil-Constitucional - coord. Gustavo Tepedino - São Paulo: Renovar, 2001.
116. _____. Os direitos da personalidade no novo Código Civil, in A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional - coord. Gustavo Tepedino - 2ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

117. DOTTI, RENÉ ARIEL. A proteção privada e a liberdade de informação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 67, vol. 514, ago., p. 11-17, 1967.
118. _____. O direito ao esquecimento e a proteção do *habeas data*, in *Habeas Data - coord. Teresa Arruda Alvim Wambier - São Paulo: RT, 1998, p. 290-320.*
119. D'OLIVO, MAURÍCIO. O direito à intimidade na Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 04, n. 15, abr./jun., p. 184-203, 1996.
120. DROMI, JOSÉ ROBERTO. Constitucionalismo y humanismo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, ano XVII, n. 70, abr./jun. , p. 28-32, 1984.
121. DRUMOND, VICTOR. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.
122. DUARTE, JULIANA BRACKS e TUBINAMBÁ, CAROLINA. Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, ano 28, n. 105, jan./mar., p. 231-243, 2002.

123. DWORKIN, RONALD. Levando os direitos a sério - trad. e notas Nelson Boeira - São Paulo: Martins Fontes, 2002.
124. FACCHINI NETO, EUGÊNIO. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 11-60.
125. FACHIN, LUIZ EDSON e RUZYK, CARLOS EDUARDO PIANOVSKI. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 87-104.
126. FAGUNDES JÚNIOR. JOSÉ CABRAL PEREIRA. Direito à vida privada e à intimidade do portador de HIV: aspectos constitucionais. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
127. FARIA, JOSÉ EDUARDO. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2002.

128. FARIA, MIGUEL JOSÉ. Direitos fundamentais e direitos do homem. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Políticas e Segurança Interna, 2001.
129. FARIAS, EDILSON PEREIRA DE. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 2000.
130. FELTRIN, SEBASTIÃO OSCAR. Direitos fundamentais na Constituição. Revista de Direito Civil. São Paulo: RT, ano 13, n. 49, jul./set., p. 142-151, 1984.
131. FERNADES, MILTON. Proteção civil da intimidade. São Paulo: Saraiva, 1977.
132. FERRAJOLI, LUIGI. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
133. FERRAZ JUNIOR, TERCIO SAMPAIO. Estudos de filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002.
134. _____. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação - 3ª ed. - São Paulo: Atlas, 2001.

135. FERREIRA, CARLOS ALBERTO GOULART. A intimidade e seus reflexos: a proteção jurídica, desde a era greco-romana até a modernidade, em suas múltiplas concepções frente à liberdade de expressão. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2001, 469 p.
136. FERREIRA, DÂMARES. O princípio da dignidade da pessoa humana e os benefícios previdenciários. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: RT, ano 28, n. 105, jan./mar., p. 56-77, 2002.
137. FERREIRA, IVETTE SENISE. A intimidade e o direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 2, n. 5, jan./mar., p. 96-106, 1994.
138. FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003.
139. _____. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2001.
140. _____. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2000.

141. _____. Estado de Direito e Constituição - 2ª ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 1999.
142. _____. Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 203, jan./mar, p. 1-10, 1996.
143. _____. Significação e alcance das "cláusulas pétreas". Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 3, n. 13, out./dez., p. 5-10, 1995.
144. FERREIRA, PINTO. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2001.
145. _____. Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos, in Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.
146. FERREIRA, WOLGRAN JUNQUEIRA. Direitos e garantias individuais. Bauru: EDIPRO, 1997.
147. FIGUEIREDO, LÚCIA VALLLE. Direitos e garantias individuais: o princípio da isonomia. Revista de Direito

- Público. São Paulo: RT, ano X, n. 49-50, jan./jul., p. 121-132, 1979.
148. FINGER, JULIO CESAR. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil, in A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
149. FIORATI, JETE JANE. Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXXVI, n. 142, abr./jun., p. 53-64, 1999.
150. FIORAVANTI, MAURIZIO. Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
151. FLACH, DAISSON. O direito à intimidade e à vida privada e a disciplina dos meios de comunicação, in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 372-407.
152. FLEINER, THOMAS. O que são direitos humanos? São Paulo: Max Limonad, 2003.

153. FLÓREZ-VALDÉS, JOAQUÍN ARCE Y. El derecho civil constitucional. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991.
154. FOLMANN, MELISSA. Sigilo bancário e fiscal: à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá, 2001.
155. FONSECA, ANTONIO CEZAR LIMA DA. Anotações aos direitos da personalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 84, vol. 715, maio, p. 36-55, 1995.
156. FONSECA, RODRIGO GARCIA DA. Direito à própria imagem. Revista de Direito Civil. São Paulo: RT, ano 15, n. 55, jan./mar., p. 90-11, 1991.
157. FRANÇA, R. LIMONGI. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 72, vol. 567, jan., p. 9-16, 1983.
158. _____. Direitos privados da personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 55, vol. 370, ago., p. 7-17, 1966.

159. _____. Institutos de proteção à personalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 57, vol. 391, maio, p. 20-25, 1968.
160. FREITAS, JUAREZ. A interpretação sistemática do direito - 2ª ed. - São Paulo: Malheiros, 1998.
161. GALVÃO, FLÁVIO ALBERTO GONÇALVES. Sistema, hierarquia de normas e princípios constitucionais no direito. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 3, n. 13, out./dez., p. 80-95, 1995.
162. GARCIA, MARIA. Desobediência civil, direito fundamental - 2ª ed. Revista, atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
163. _____. Hábeas Data. O direito à informação. O direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Um perfil constitucional. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, ano 9, n. 36, jul./set., p. 115-134, 2001.
164. GARDÓ, ANTONIO FAYOS. Derecho a la intimidad y medios de comunicación. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000.

165. GAVETTI, ÉRICA MARTA. A proteção dos direitos humanos no Brasil contemporâneo, in Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos - coord. Daniela Annoni. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 175-184.
166. GEDIEL, JOSÉ ANTÔNIO PERES. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 149-164.
167. GEHLEN, GABRIEL MENNA BARRETO VON. O chamado direito civil constitucional, in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 174-210.
168. GODOY, CLAUDIO LUIZ BUENO DE. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001.
169. GOMES, ORLANDO. Direitos da personalidade. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano III, n. 11, set., p. 39-48, 1966.

170. GOYARD-FABRE, SIMONE. Os fundamentos da ordem jurídica - trad. Claudi Berliner, rev. Maria Ermantina Galvão - São Paulo: Martins Fontes, 2002.
171. GROTTI, DINORÁ ADELAIDE MUSETTI. Inviolabilidade do domicílio na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1993.
172. GUEDES, MARCO AURELIO PERI. Estado e ordem econômica e social: a experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
173. GUERRA FILHO, WILLIS SANTIAGO. Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 84, vol. 713, mar., p. 45-52, 1995.
174. GUIMARÃES, YLVES JOSÉ DE MIRANDA. Direito natural: visão metafísica e antropológica. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
175. GUSTIN, MIRACY B. S. Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

176. HART, HERBERT L. A. O conceito de direito - trad. A. Ribeiro Mendes - Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
177. HECK, LUÍS AFONSO. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 89, vol. 781, nov., p. 71-78, 2000.
178. HERKENHOFF, JOÃO BAPTISTA. Os direitos humanos e a paz. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XV, n. 60, out./dez., p. 97-128, 1978.
179. HESSE, KONRAD. Derecho Constitucional y Derecho Privado. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001.
180. HORTA, RAUL MACHADO. Constituição e direitos individuais. Revista de Direito Público. São Paulo: RT, ano XVI, n, 67, jul./set., p. 20-36, 1983.
181. _____. Direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.
182. _____. Os direitos individuais na Constituição. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Se-

- nado Federal, ano XIV, n. 55, jul.-set., p. 21-38, 1977.
183. _____. Normas centrais da Constituição Federal. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXXIV, n. 135, jul.-set., p. 175-178, 1997.
184. JABUR, GILBERTO HADAD. Liberdade de pensamento e direito à vida privada - conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
185. JARDIM, TORQUATO LORENA. "Due process of law" e a proteção das liberdades individuais. Revista de Direitos Público. São Paulo: RT, ano XV, n. 64, out./dez., p. 109-121, 1982.
186. KATAOKA, EDUARDO TAKEMI DUTRA DOS SANTOS. Declínio do individualismo e propriedade, in Problemas de Direito Civil-Constitucional - coord. Gustavo Tepedino - São Paulo: Renovar, 2001.
187. KATZ, ELLIS. A Declaração dos direitos dos Estados Unidos da América como reflexão constitucional posterior, in Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho - coord. Sérgio Re-

- sende de Barros, Fernando Aurélio Zilveti - São Paulo: Dialética, 1999.
188. KELSEN, HANS. Teoria geral das normas - trad. José Florentino Duarte - Porto Alegre: Fabris, 1986.
189. _____. Teoria geral do direito e do Estado - trad. Luís Carlos Borges - 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.
190. KRELL, ANDREAS J.. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais, in A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
191. LEAL, ROGÉRIO GESTA. Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.
192. LEITE, LUCIANO FERREIRA. Aplicabilidade imediata dos direitos e garantias individuais da nova Constituição. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 77, vol. 635, set., p. 14-18, 1988.
193. LEIVAS, PAULO GILBERTO COGO. A genética no limiar da eugenia e a construção do conceito de dignidade hu-

- mana, in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 551-570.
194. LIMA JÚNIOR, JAYME BEVENUTO. O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade, in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional - coord. Flávia Piovesan - São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 651-667.
195. LIMBERGER, TÊMIS. A informática e a proteção à intimidade. Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo: RT - IBDC, ano 8, out./dez., p. 110-124, 2000.
196. _____. As informações armazenadas pela instituição bancária e o direito à intimidade do cliente. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, ano 11, n. 43, jul./set., p. 273-298.
197. LINHARES, PAULO AFONSO. Direitos fundamentais e qualidade de vida. São Paulo: IGLU Editora, 2002.
198. LONGO, EVENI. Direitos humanos e a proteção dos dados pessoais. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 3, n. 11, abr./jun., p. 176-182, 1995.

199. LOPES, ANA MARIA D'ÁVILA. Os direitos humanos; última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXXVII, n. 148, out.-dez., p. 127-139, 2000.
200. LOUREIRO, LAIR DA SILVA et LOUREIRO FILHO, LAIR DA SILVA. Constituição da República anotada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.
201. LUDWING, MARCOS DE CAMPOS. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia, in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 87-117.
202. _____. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro, in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 265-305.
203. LUÑO, ANTONIO ENRIQUE PÉREZ. Derechos humanos, Estado de derecho y constitución - 7ª ed. - Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

204. MACEDO JÚNIOR, RONALDO PORTO. Privacidade, mercado e informação. São Paulo: JUSTITIA - Publicado pela Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público, ano 61, vol. 185/188, jan./dez., p. 245/259, 1999.
205. MACHADO, HUGO DE BRITO. Uma introdução ao estudo do direito. São Paulo: Dialética, 2000.
206. MAGALHÃES, JOSÉ LUIZ QUADROS DE. As garantias dos direitos fundamentais. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXXI, n. 122, abr./jun., p. 41-46, 1994.
207. _____. As garantias dos direitos fundamentais. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXIX, n. 115, jul./set., p. 53-83, 1992.
208. MALERBI, DIVA. Sigilo bancário e tributário, in COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, III, 2001, São Paulo. Respostas às Questões. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 79-89.
209. MALLARINO, VICTOR ALBERTO DELGADO. Policía, derechos humanos y libertades individuales. Revista do

- Instituto Interamericano de derechos humanos. México: IIDH, n. 17, jan./jun., p. 87-109, 1993.
210. MAMEDE, GLADSTON. Ampla liberdade de imprensa: o direito de informar e de opinar pela mídia impressa e eletrônica. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXXVI, n. 144, out./dez., p. 55-70, 1999.
211. MARANHÃO, DÉLO et CARVALHO, LUIZ INÁCIO BARBOSA. Direito do trabalho - 17ª ed. atual. - Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.
212. MARIA, JOSÉ SERPA DE STA. Direitos da personalidade e a sistemática civil geral. São Paulo: Julex Livros, 1987.
213. MARINHO, JOSAPHAT. Direitos e garantias fundamentais. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXXII, n. 127, jul.-set., p. 5-11, 1995.
214. MARTINS, ALBERTO. Novos direitos dos cidadãos. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994.
215. MARTINS, GUILHERME MAGALHÃES. Boa-fé e contratos eletrônicos via Internet, in Problemas de Direito Ci-

- vil-Constitucional - coord. Gustavo Tepedino - São Paulo: Renovar, 2001, p. 137-161.
216. MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA. Sigilo bancário e tributário, in COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, III, 2001, São Paulo. Respostas às Questões. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 07-22.
217. MARTINS, LUCIANA MABILIA. O direito civil à privacidade e à intimidade, in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 337-371.
218. MARTINS-COSTA, JUDITH. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 61-86.
219. MARTINS FILHO, IVES GANDRA DA SILVA. Os direitos fundamentais e os direitos sociais na Constituição de 188 e a sua defesa. Revista Jurídica Virtual. Brasília, nº. 04, agost., 1999. Disponível em www.presidencia.gov.br/CCIVIL/revista/REV_04/direitos_fundamentais.htm . Acessado em 08/08/2000.

220. MATHIEU, BERTRAND. Reflexões sobre o Papel dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica Constitucional, in Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho - coord. Sérgio Resende de Barros, Fernando Aurélio Zilveti - São Paulo: Dialética, 1999.
221. MATTIA, FÁBIO MARIA DE. Direitos da personalidade: aspectos gerais. Revista de Direito Civil. São Paulo: RT, ano 2, n. 3, jan./mar., p. 35-51, 1978.
222. MATTIETTO, LEONARDO. O direito civil constitucional e a ova teoria dos contratos, in Problemas de Direito Civil-Constitucional - coord. Gustavo Tepedino - São Paulo: Renovar, 2001.
223. MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXXIX, n. 156, out.-dez., p. 169-177, 2002.
224. MELGARÉ, PLÍNIO. Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea - para além dos reducionismos tradicionais. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXXIX, n. 154, abr.-jun., p. 71-92, 2002.

225. MELLO, CLÁUDIO ARI. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
226. MENDES, GILMAR FERREIRA. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXXI, n. 122, mai./jul., p. 297-301, 1994.
227. _____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
228. _____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico. Salvador : direitopublico.com.br, n. 10, jan., 2002.
229. _____. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões, in *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 197-314.

230. MENDES, MARIA GILMAÍSE DE OLIVEIRA. Direito à intimidade e interceptações telefônicas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
231. MIGUEL, CARLOS RUIZ. La configuración constitucional del derecho a la intimidad. Madrid: Tecnos, 1995.
232. MIRANDA, JORGE. A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa - um fenómeno de conjugação de direito internacional e de direito constitucional. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 199, jan./mar., p. 1-20, 1995.
233. _____. Direitos fundamentais: introdução geral - apontamentos das aulas. Lisboa, 1999.
234. _____. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. Revista de Direito Público. São Paulo: RT, ano XX, n. 82, abr.-jun., p. 5-27, 1987.
235. _____. Manual de direito constitucional. Lisboa: Coimbra Editora, 1997.
236. MIRANDA, PONTES DE. Sistema de ciência positiva do direito. Campinas: Bookseller, 2000.

237. MIRANDA, ROSÂNGELO RODRIGUES DA. A proteção constitucional da vida privada. São Paulo: Editora de Direito, 1996.
238. _____. Tutela constitucional do direito à proteção da própria vida privada. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 3, n. 13, out./dez., p. 158-186, 1995.
239. MORA, J. FERRATER. Dicionário de filosofia - trad. Maria Estela Gonçalves et. al. - São Paulo: Edições Loyola, 2001.
240. MONTESQUIEU. O espírito das leis - trad. Cristina Murachco - São Paulo: Martins Fontes, 1993.
241. MONTORO, ANDRÉ FRANCO. Introdução à ciência do direito - 21^a ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
242. MORAES, ALEXANDRE DE. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional - 3^a ed. - São Paulo: Atlas, 2003.
243. _____. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1^o a 5^o da Constituição da

- República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2000.
244. MORAES, GUILHERME BRAGA PEÑA DE. Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997.
245. MORAES, MARIA CELINA BODIN DE. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 105-148.
246. MORAES, WALTER. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 73, vol. 590, dez., p. 14-24, 1984.
247. _____. Direito à própria imagem (I) e (II). Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 61, vol. 443 e 444, set. e out., p. 64-81 e p. 11-28, 1972.
248. MORAIS, JOSÉ LUIS BOLZAN DE. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

249. _____. Direitos humanos "globais (universais"! De todos, em todos os lugares, in Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional - coord. Flávia Piovesan - São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 519-542.
250. MOREIRA, VITAL. O futuro da constituição, in Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Pulo Bonavides, org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2003.
251. MOURA, LAÉRCIO DIAS DE. A dignidade da pessoa e os direitos humanos: o ser humano num mundo em transformação. Bauru, SP: EDUSC; São Paulo, SP: Loyola; Rio de Janeiro, RJ: PUC, 2002.
252. MUNIZ, FRANCISCO JOSÉ DE FERREIRA et OLIVEIRA, JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE. O Estado de Direitos e os direitos da personalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 69, vol. 532, fev., p. 11-23, 1980.
253. NEGREIROS, TERESA. A dicotomia público-privada ao problema da colisão de princípios, in Teoria dos Direitos Fundamentais - org. Ricardo lobo Torres - Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 337-375.

254. NEUNER, JÖRG. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental, in Constituição, direitos fundamentais e direito privado - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 245-270.
255. NOBRE JÚNIOR, EDILSON PEREIRA. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXXVII, n. 145, jan./mar., p. 185-196, 2000.
256. NOGUEIRA, ALBERTO. Direito constitucional das liberdades públicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
257. NOJIRI, SÉRGIO. O *habeas data* e o direito à autodeterminação informativa, in Habeas Data - coord. Teresa Arruda Alvim Wambier - São Paulo: RT, 1998, p.356-371.
258. NOVAIS, JORGE REIS. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
259. _____. Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 1987.

260. NUNES, LUIZ ANTONIO RIZZATTO. Manual de monografia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2000.
261. _____. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.
262. NUNES JÚNIOR, VIDAL SERRANO. A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística. São Paulo: FTD, 1997.
263. OLIVEIRA, ALMIR DE. Direito constitucional brasileiro e direitos humanos. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XX, n. 79, jul./set., p. 179-196, 1983.
264. OLIVEIRA, MOACYR DE. Evolução dos direitos da personalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 58, vol. 402, abr., p. 29-32, 1969.
265. PAREDES, MARCUS. Violação da privacidade na Internet. Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, ano 3, n. 9, jan./mar., p. 183-203, 2002.

266. PASINI, WILLY. Intimidade: muito além do amor e do sexo - trad. Mario Fondelli. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.
267. PASSOS, J. J. CALMON DE. Tutela jurisdicional das liberdades. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: DireitoPúblico.com.br, n. 12, março, 2002.
268. PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, in A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas - org. Luís Roberto Barroso - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192.
269. PINTO, AGERSON TABOSA. A liberdade dos romanos e a liberdade dos modernos. Revista de Direito Civil. São Paulo: RT, ano 16, n. 61, jul./set., p. 97-105, 1992.
270. 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. 61-83.

271. PIOVESAN, FLÁVIA. Desafios e perspectivas dos direitos humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade, in Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos - coord. Daniela Annoni. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 185-198.
272. _____. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.
273. _____. Direitos humanos, globalização econômica e integração regional, in Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.
274. _____. Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.
275. _____. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana, in Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição - org. George Salomão Leite - São Paulo: Malheiros, 2003.

276. _____. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: (neo) constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje as constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 2, p.79-100, 2004.
277. _____. O *habeas data* e seus pressupostos à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.507/97, in *Habeas Data* - coord. Teresa Arruda Alvim Wambier - São Paulo: RT, 1998, p. 94-106.
278. _____. Temas de direitos humanos - 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada - São Paulo: Max Limonad, 2003.
279. PIOVESAN, FLÁVIA et VIEIRA, RENATO STANZIOLA, A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana, in *Temas de direitos humanos - 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada* - São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 355-398.
280. PIZZOLANTE, FRANCISCO EDUARDO O. PIRES E ALBUQUERQUE. *Habeas data e bancos de dados: privacidade, personalidade e cidadania no Brasil atual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

281. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 176 (Proc. n°214/90), da 2ª Secção do Tribunal Constitucional, Lisboa, Relator: Cons. Alves Correia, 7 de maio de 1992. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm. Acesso em: 14 mar. 04.
282. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 177 (Proc. n° 313/91), da 2ª Secção do Tribunal Constitucional, Lisboa, Relator cons. Bravo Serra, 7 de maio de 1992. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm. Acesso em: 14 mar. 04.
283. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 80 (Proc. n° 405/93), da 2ª Secção do Tribunal Constitucional, Lisboa, Relator cons. Messias Bento, 21 de fevereiro de 1995. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm. Acesso em: 14 mar. 04.
284. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 278 (Proc. n° 510/91), da 2ª Secção do Tribunal Constitucional, Lisboa, Relator cons. Alves Correia, 31 de maio de 1995. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm. Acesso em: 14 mar. 04.

285. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 319, da 2ª Secção do Tribunal Constitucional, Lisboa, Relator cons. Messias Bento, 20 de junho de 1995. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm. Acesso em: 14 mar. 04.

286. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 43 (Proc. n° 549/94), da 2ª Secção do Tribunal Constitucional, Lisboa, Relator cons. Guilherme da Fonseca, 23 de janeiro de 1996. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm. Acesso em: 14 mar. 04.

287. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 67 (Proc. n° 602/96), da 1ª Secção do Tribunal Constitucional, Lisboa, Relator cons. Tavares da Costa, 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm. Acesso em: 14 mar. 04.

288. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 263 (Proc. n° 179/95), da 1ª Secção do Tribunal Constitucional, Lisboa, Relator cons. Tavares da Costa, 19 de março de 1997. Disponível em:

- www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm. A-
cesso em: 14 mar. 04.
289. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 220 (Proc. n° 196/98), da 3ª Secção do Tribunal Constitucional, Lisboa, Relator cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, 5 de abril de 2000. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm. A-
cesso em: 14 mar. 04.
290. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 111 (Proc. n° 28/01), da 2ª Secção do Tribunal Constitucional, Lisboa, Relator cons. Bravo Serra, 14 de março de 2001. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm. A-
cesso em: 14 mar. 04.
291. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 241 (Proc. n° 444/01), da 1ª Secção do Tribunal Constitucional, Lisboa, Relator cons. Artur Maurício, 29 de maio de 2002. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm. A-
cesso em: 14 mar. 04.
292. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 207 (Proc. n° 52/03), da 3ª Secção do Tribunal Constitucional, Lisboa, Relator cons. Bravo Serra, 28 de abril

- de 2003. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm. Acesso em: 14 mar. 04.
293. POUND, ROSCOE. Liberdade e garantias constitucionais - trad. de E. Jacy Monteiro - 2ª ed. - São Paulo: IBRASA, 1976.
294. PREDIGER, CARIN. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central, in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145-173.
295. QUEIROZ, CRISTINA M. M. Direitos Fundamentais (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
296. QUEZADO, PAULO e LIMA, ROGÉRIO. Quebra de sigilo bancário: uma análise constitucional (doutrina e jurisprudência). Fortaleza: ABC Fortaleza, 1999.
297. RABOSI, EDUARDO. Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica. Revista do Instituto Interamericano de derechos humanos. México: IIDH, n. 18, jul./dez., p. 45-71, 1993.

298. RAMOS, ERASMO R. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 91, vol. 799, maio, p. 11-32, 2002.
299. REALE, MIGUEL. Lições preliminares de direito - 27^a ed. Ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
300. REIS, GERALDO ANTÔNIO DOS. Os desafios da cidadania nos países em desenvolvimento, in Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos - coord. Daniela Annoni. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 199-210.
301. REIS, MÁRCIO MONTEIRO. Moral e direito. A fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin, in Teoria dos Direitos Fundamentais - org. Ricardo lobo Torres - Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 117-152.
302. RIBEIRO, LUCIANA ANTONINI. A privacidade e os arquivos de consumo na Internet - uma primeira reflexão. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, ano 11, n. 41, jan./mar., p. 151-165, 2002.

303. RIOS, ROGER RAUPP. Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo, in *A reconstrução do direito privado* - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 483-517.
304. ROBERT, CINTHIA et MARCIAL, DANIELLE. Direitos humanos: teoria e prática. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.
305. ROCHA, ELÁDIO TORRET. Ética, liberdade de informação, direito à privacidade e reparação civil pelos ilícitos de imprensa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 90, vol. 793, nov., p. 77-88, 2001.
306. ROCHA, FERNANDO LUIZ XIMENES. Direitos fundamentais na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 87, vol. 758, dez., p. 23-33, 1998.
307. RODRIGUES, RAFAEL GARCIA. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, in *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional* - coord. Gustavo Tepedino - 2ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
308. ROQUE, MARIA JOSÉ OLIVEIRA LIMA. Sigilo bancário e direito à intimidade. Curitiba: Juruá, 2001.

309. ROSS, ALF. Direito e justiça - trad. Edson Bini - Rev. Técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000.
310. RUBIO, FERREIRA. El derecho a la intimidad. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982.
311. SÁ, JOSÉ ANSELMO CÍCERO DE. Liberdades públicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.
312. SÁ, MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE. Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.211/01 - 2ª ed. rev., atual. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
313. SAHM, REGINA. O direito moral do autor e o fundamento do direito à intimidade. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: IASP/RT, ano. 4, n. 8, jul./dez., p. 221-229, 2001.
314. SAMPAIO, JOSÉ ADÉRCIO LEITE. Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

315. SANTOS, FERNANDO FERREIRA DOS. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
316. SANTOS NETO, JOSÉ ANTONIO DE PAULA. Direitos da pessoa e direitos da personalidade ou estado da pessoa, direitos de estado, direito ao Estado e direitos da personalidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 84, vol. 719, set., p. 36-44, 1995.
317. SARLET, INGO WOLFGANG. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
318. _____. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, in Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição - org. George Salomão Leite - São Paulo: Malheiros, 2003.
319. _____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, in A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e

- o privado - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
320. _____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: DireitoPúblico.com.br, n. 1, abril, 2001.
321. _____. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira, in Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos - coord. Daniela Annoni. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 219-252.
322. SARMENTO, DANIEL. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
323. _____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil, in A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas - org. Luís Roberto Barroso - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284.
324. _____. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

325. SCHÄFER, JAIRO GILBERTO. A insuficiência dos paradigmas da teoria tradicional dos direitos constitucionais fundamentais. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXXV, n. 140, out./dez., p. 205-211, 1998.
326. SCHMITT, CARL. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
327. SCHMITT, ROSANE HEINECK. Direito à informação - Liberdade de imprensa x Direito à privacidade, in A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado - org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
328. SEGADO, FRANCISCO FERNÁNDEZ. El derecho a la libertad y a la seguridad personal en España. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, ano 9, n. 36, jul./set., p. 59-100, 2001.
329. SEIXAS FILHO, AURÉLIO PITANGA. O sigilo bancário e o direito a intimidade e privacidade das pessoas. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo: RT, ano 12, n. 42, jan./fev., p. 241-245, 2002.
330. SESSAREGO, CARLOS FERNÁNDEZ. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Astrea, 1992.

331. SIDOU, J. M. OTHON. Direito à intimidade. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 59, vol. 421, nov., p. 9-13, 1970.
332. SILVA, EDSON FERREIRA DA. Direito à intimidade. São Paulo: editora Oliveira Mendes, 1998.
333. _____. Direitos de personalidade - os direitos de personalidade são inatos? Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 82, vol. 694, ago., p. 21-34, 1993.
334. SILVA, EDUARDO. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena da vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil, in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 447-482.
335. SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2001.
336. _____. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2001.
337. SILVA, REINALDO PEREIRA E. Os direitos humanos do embrião: análise bioética das técnicas de procriação

- assistida. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 88, vol. 768, out., p. 76-91, 1999.
338. SILVEIRA, MICHELE COSTA DA. As grandes metáforas da bipolaridade, in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21-53.
339. SOARES, MÁRIO LÚCIO QUINTÃO. Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXIX, n. 115, jul./set., p. 85-138, 1992.
340. SOUSA NETO, CLÁUDIO PEREIRA DE. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático, in A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas - org. Luís Roberto Barroso - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 285-326.
341. SOUSA, DANIEL COELHO DE. Introdução à ciência do direito - 6^a ed. - Belém: CEJUP, 1994.
342. SOUSA, RABINDRANATH V. A. CAPELO DE. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

343. SOUZA, MARIA ISABEL DE AZEVEDO. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado, in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 306-336.
344. STEINMETZ, WILSON ANTÔNIO. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
345. SZANIAWSKI, ELIMAR. Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 79, vol. 657, jul., p. 25-31, 1990.
346. _____. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
347. _____. Direitos da personalidade na antiga Roma. Revista de Direito Civil. São Paulo: RT, ano 12, n. 43, jan./mar., p. 28-41, 1998.
348. TÁCITO, CAIO. Do direito individual ao direito difuso. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 157, jul./set., p.1-13, 1984.

349. _____. Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 178, out./dez., p. 1-5, 1989.
350. _____. Proteção dos direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 194, out./dez., p. 1-5, 1993.
351. TAVARES, ANDRÉ RAMOS. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.
352. _____. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional, in Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição - org. George Salomão Leite - São Paulo: Malheiros, 2003.
353. _____. Sigilo bancário como direito fundamental, in COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, III, 2001, São Paulo. Respostas às Questões. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 309-27.
354. TEIXEIRA. SÓNIA. A protecção dos direitos fundamentais na revisão do Tratado da União Européia. Lisboa: Assoc. Acad. da Fac. De Lisboa, 1998.

355. TEMER, MICHEL. Elementos de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001.
356. TEPEDINO, GUSTAVO. Código Civil, os chamados micro-sistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, in Problemas de Direito Civil-Constitucional - coord. Gustavo Tepedino - São Paulo: Renovar, 2001.
357. _____. Temas de direito civil - 3ª ed. atual. - Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
358. TORRES, RICARDO LOBO. A cidadania multidimensional na era dos direitos, in Teoria dos Direitos Fundamentais - org. Ricardo lobo Torres - Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 239-335.
359. _____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 177, jul./set, p. 29-49, 1989.
360. _____. Tratado de direito constitucional financeiro tributário, Vol. V: o orçamento na Constituição - 2ª ed. rev. e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21.3.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 4.5.2000 - Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

361. TRUYOL Y SERRA, ANTONIO. Los derechos humanos: de-
claraciones y convenios internacionales - 4ª ed. -
Madrid: Editorial Tecnos, 2000.
362. UBILLOS, JUAN MARÍA BILBAO. ¿En qué medida vincu-
lan a los particulares los derechos fundamentales?, in
Constituição, direitos fundamentais e direito privado
- org. Ingo Wolfgang Sarlet - Porto Alegre: Livraria
do Advogado Editora, 2003, p. 299-338.
363. VIEIRA, SÔNIA AGUIAR DO AMARAL. Inviolabilidade da
vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos.
São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
364. VIEIRA, OSCAR VILHENA. A Constituição e sua reser-
va de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao
poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.
365. VILANOVA, LOURIVAL. As estruturas lógicas e o sis-
tema do direito positivo. São Paulo: Max Limonad,
1997.
366. WARREN, SAMUEL et BRANDEIS, LOUIS. El derecho a la
intimidad. Madrid: Cuadernos Cicitas, 1995.

367. WEBER, ALBRECHT. Estado social, direitos fundamentais sociais e segurança social na República Federal da Alemanha, in Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho - coord. Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti - São Paulo: Dialética, 1999.
368. WEINERT, IDUNA E. O direito da personalidade como direito natural geral. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano XXVII, n. 108, out.-dez., p. 221-228, 1990.
369. WEIGARTNER NETO, JAYME. Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
370. WEIS, CARLOS. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 1999.
371. ZANITELLI, LEANDRO MARTINS. Tópica e pensamento sistemático: convergência ou ruptura? in A reconstrução do direito privado - org. Judith Martins-Costa - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 121-144.
372. ZEIDAN, ROGÉRIO. Ius puniendi, Estado e Direitos Fundamentais: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva. Porto Alegre: SAFE, 2002.