

A PROTEÇÃO À VIDA PRIVADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

CLAUDIO STÁBILE RIBEIRO
ADVOGADO, MESTRE EM DIREITO CIVIL,
PROFESSOR DA UNIVERSIDADE DE CUIABÁ

INTRODUÇÃO

A história do século XX é uma história repleta de violações e agressões aos direitos fundamentais da pessoa humana. A civilização humana ainda não se conscientizou da importância dos direitos fundamentais. Alguns fatos históricos ocorridos neste século podem confirmar esta constatação.

No México, em 1915, o camponês Pancho Villa, um dos líderes da Revolução Mexicana, é covardemente assassinado a mando do presidente Venustiano Carranza, por lutar pela democracia política e pela melhor distribuição da terra para aqueles que queriam trabalhar na lavoura.

Em 1917, em São Paulo, o trabalhador José Martinez é morto pela polícia que realizava uma dura repressão à primeira grande greve da história sindical brasileira, quando os trabalhadores exigiam melhores salários e uma vida mais digna. Nem mesmo um enterro digno permitiu-se a José Martinez.

A partir de 1939, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, o nazismo cria os campos de concentração, como

o de Buchenwald, localizado na Alemanha, tornando-se um local de extermínio de judeus, onde cerca de cinquenta e seis mil pessoas foram mortas. Esta doutrina nefasta contamina a Itália e outros países e na Segunda Guerra Mundial mais de trinta e oito milhões de pessoas foram mortas pela insanidade dos responsáveis pela guerra.

Em agosto do ano de 1945 ocorreu um dos episódios mais bárbaros do século, quando os EUA lançam duas bombas atômicas contra a população civil das cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki, matando mais de cento e trinta mil pessoas.

Em 1964, no Vietnã, os EUA, sob o pretexto de evitar a expansão do comunismo no Sudeste Asiático, inicia uma guerra que dura nove anos e onde foram contabilizados hum milhão e duzentos mil mortos.

Em 1989, na China, o primeiro-ministro LiPeng determina que as forças militares, armadas de fuzis, bombas de gás lacrimogênio e cassetetes, deem um fim às manifestações do movimento estudantil e da população pela exigência de liberdades políticas,

culminando com a morte de aproximadamente três mil pessoas.

Em 1999, em Kosovo, a implosão da Iugoslávia revive a intolerância, a limpeza étnica e o genocídio. Os albaneses são massacrados pelo exército do presidente Sêrvio Milosevic.

Estes fatos marcantes comprovam que, apesar das conquistas obtidas pela civilização nos últimos séculos, as violações dos direitos fundamentais da pessoa humana continuam presentes na história da humanidade e o estudo desta tema é essencial para que o ser humano encontre um destino onde o respeito à dignidade, à fraternidade e à liberdade esteja sempre presente.

O professor João Baptista Herkenhoff afirma que:

A idéia de Direitos Humanos não se estabeleceu no texto aprovado em 1948. Esta estabelecção contrariaria o sentido dialético da História. É verdade que direitos afirmados há quase 50 anos ainda não encontram plena aceitação. É flagrante o desrespeito a esses direitos, quer nos países do Terceiro Mundo (ou mundo dos pobres, caso se entenda que já não existem 3 mundos, mas apenas 2), quer na opulência do Primeiro Mundo (ou mundo dos países ricos)¹.

Mas, não se pode deixar de registrar que durante o transcurso do Século XX algumas pessoas se destacaram na luta por um mundo melhor, por acreditarem na luta por um mundo em que os homens possam viver

fraternalmente, com respeito aos direitos humanos.

Não se pode deixar de citar os nomes de alguns expoentes do século XIX, que lutaram pela construção do sonho de um mundo melhor. Charles Chaplin, gênio do cinema e das artes, no início deste século, imortaliza o personagem Carlitos, representando um homem pobre, tímido, generoso e trapalhão, que desperta os sentimentos mais elevados e faz de sua vida uma luta diuturna contra as mais variadas formas de opressão do ser humano.

Luis Carlos Prestes entra para a história republicana ao liderar uma coluna de homens livres e destemidos que percorreram o Brasil na tentativa de derrubar a República Velha e criar condições para que o país encontrasse caminhos melhores.

Mahatma Gandhi é o dirigente vitorioso do movimento popular que coloca um basta em quase dois séculos de dominação colonial britânica na Índia, introduzindo os conceitos de resistência pacífica, desobediência civil e da não-violência. Gandhi passou à história como o porta-voz do pacifismo, mas ironicamente morreu assassinado em 1948.

Che Guevara, último mito da utopia revolucionária, em 1954, combate na Guatemala os mercenários da American Fruit para que os povos oprimidos da América Latina possam se libertar dos desmandos imperialistas.

Martin Luther King ganha o Prêmio Nobel da Paz em 1964, destacando-se na liderança do movimento pelos direitos civis da minoria negra,

1 HERKENHOFF, João Baptista. Direitos Humanos: a construção universal de uma utopia. Aparecida-SP: Santuário, 1997. p. 15.

que sempre foi segregada nos EUA e em outros países.

Nelson Mandela, vítima da minoria branca, permanece preso por 27 anos no período em que na África do Sul era crime afrontar o “apartheid”. Logo após conseguir a liberdade, é eleito presidente e governa no período de 1994 a 1999. É preciso que o exemplo destes vultos do século XX ilumine os caminhos do ser humano neste novo milênio, para que o homem encontre o seu verdadeiro destino. São instigantes e paradoxais estes tempos do início do século XXI. Se por um lado podemos apontar, com satisfação, o espetacular desfile de realizações científicas e tecnológicas que revolucionaram todos os campos da atividade humana, por outro lado, há muito o que lamentar, em razão da violência que continua a grassar por toda a parte, da intolerância dos fundamentalismos, do fervor nacionalista, do terrorismo perpetrado pelos indivíduos, grupos e por Estados, dos genocídios, da fome, miséria e morte na África, no Oriente Médio, na América Latina e na Europa Central.

Norberto Bobbio assevera que:

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da paz perpétua, no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reco-

nhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo².

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O jurista Carlos Alberto Bittar afirma:

Admitidos atualmente na doutrina, na jurisprudência e em leis mais recentes, inclusive em Códigos do século presente, os direitos fundamentais percorreram, no entanto, longo e tormentoso caminho para essa sagração, em função de seguidos óbices que lhes foram antepostos ao longo dos tempos, de caráter ideológico, e que ainda se refletem em posições nem sempre seguras verificadas em certos autores que com o tema se preocuparam³.

O remoto ancestral da doutrina dos direitos fundamentais é, na Antiguidade, a referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens,

2 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* 9.ed. Rio de Janeiro: Campus. p.1.

3 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Forense, 1999. p. 1.

mas dado a estes pelos deuses. Neste passo cabe a citação habitual à *Antígona*, de Sófocles, em que isso é, literariamente, exposto, em termos involvidáveis. A mesma idéia, com tratamento sistemático, acha-se no diálogo *De legibus*, de Cícero.

Tomás de Aquino, na *Suma Teológica*, no Século XIII, assenta que suprema é a lei eterna (que só o próprio Deus conhece em sua plenitude), abaixo da qual estão a lei divina (parte da lei eterna revelada por Deus ou declarada pela Igreja) e a lei natural (gravada na natureza humana que o homem descobre pela razão), e mais abaixo a lei humana (a lei positiva editada pelo legislador).

Esta concepção de um Direito independente da vontade humana perdurou por toda a Idade Média. Ainda prevalecia no final do século XVIII, mas é certo que Hobbes, no século XVII, dela dissentia, sustentando que a lei deriva da vontade, não da razão. Nessa mesma época, na Inglaterra, o famoso juiz Coke sustentava a superioridade do Direito, especificamente da *Common Law* sobre os atos do legislador⁴.

A Escola do Direito Natural e das Gentes formulou a doutrina adotada pelo pensamento iluminista e expressa nas Declarações. Deve-se a Grócio a laicização do direito natural. O jurista holandês entende decorrerem da natureza humana determinados direitos. Estes, portanto, não são cria-

dos, muito menos outorgados pelo legislador. Tais direitos são identificados pela *reta razão* que a eles chega, avaliando a conveniência ou a inconveniência dos mesmos em face da natureza razoável e sociável do ser humano.

Tal Escola, a que pertenceu inclusive o famoso Puffendorf, também difundiu as teses de estado da natureza e de contrato social, cuja repercussão sobre o constitucionalismo foi imensa. Deste jusnaturalismo racionalista a doutrina dos direitos do homem é um aspecto. Mas é o que o pensamento político iluminista imortalizou.

O registro de direitos num documento escrito é prática que se difundiu a partir da segunda metade da Idade Média. Em toda a Europa encontram-se exemplos, não do registro de direitos do Homem, mas de direitos de comunidades locais, ou de corporações, por meio de forais ou cartas de franquia. Nestes, que os senhores feudais, mormente os reis, outorgavam, inscreviam-se direitos próprios e peculiares aos membros do grupo – direitos fundamentais, sem dúvida – para que, por todo o sempre, fossem conhecidos e respeitados.

A Magna Carta, de 21 de junho de 1215, é a peça básica da constituição inglesa e de todo o constitucionalismo. Apesar de formalmente outorgada por João sem Terra, é ela um dos muitos pactos da história constitucional da Inglaterra, pois efetivamente consiste no resultado de um acordo entre esse rei e os barões

4 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. São Paulo: Saraiva, 1984. 1ª parte.

revoltados, apoiados pelos burgueses de cidades como Londres⁵.

Pode-se afirmar que esta Carta não se preocupa com os direitos do Homem mas sim com os direitos dos ingleses, mas é inegável que consiste na enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia, representando uma clara limitação do poder, inclusive com a definição de garantias específicas em caso de violação dos mesmos.

Na Carta Magna está a garantia da judicialidade, um dos princípios do Estado de Direito, bem como assegura a liberdade de ir e vir, a propriedade privada, a graduação da pena imposta ao delito, entre outros direitos fundamentais. Com a Carta e outros documentos de declaração de direitos, a Inglaterra chegou ao "rule of law", que consiste exatamente na sujeição de todos, inclusive e especialmente as autoridades, ao império do Direito, ou ao Estado de Direito como limitação do poder.

A doutrina dos direitos do Homem já estava conformada no século XVII e se expandiu no século seguinte, quando se tornou elemento básico da reformulação das instituições políticas. Foi incorporada pelo liberalismo, do qual é capítulo essencial. Não se olvide, porém, que é uma doutrina bem mais antiga que esta filosofia política, a qual não a construiu, mas a adotou e certamente enfatizou. Com efeito, no seu cer-

ne está o jusnaturalismo a que já aderiam os estóicos. Mas é verdade que, do século das luzes em diante, tornou-se um dos princípios sagrados do liberalismo, sendo às vezes apresentado como o princípio liberal por excelência⁶.

Tinha esta doutrina no passado, e tem hoje mais ainda, uma grande força sobre os espíritos. Basta ver a importância que documentos internacionais e constituições, organizações internacionais e instituições nacionais lhe dão no dia-a-dia.

É bem verdade que, no diálogo político, não mais se fala em direitos do Homem, embora textos constitucionais ainda empreguem a expressão. O feminismo conseguiu o repúdio da mesma, acusando-a de machista. Logrou impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação.

Por outro lado, a doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade de vida humana e outras mazelas, com os direitos da solidariedade. Esta doutrina se universalizou, transpor-

5 BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. São Paulo: Saraiva, 1999. p.238.

6 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 211.

tada pela chamada civilização cristã-ocidental⁷.

A proclamação dos direitos fundamentais, com a amplitude que teve, objetivando a certeza e a segurança dos direitos, sem deixar de exigir que todos os homens tenham a possibilidade de aquisição e gozo dos direitos fundamentais, representou um progresso. Mas sua efetiva aplicação ainda não foi conseguida, apesar do geral reconhecimento de que só o respeito a todas as suas normas poderá conduzir a um mundo de paz e justiça social.

CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser definidos como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Vidal Serrano e David Araújo ensinam que há uma sinonímia entre as expressões liberdades públicas, direitos humanos, direitos subjetivos públicos e direitos fundamentais e definem os direitos fundamentais como:

Um amplo catálogo de dispositivos, onde estão reunidos os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, os direitos políti-

*cos, os relativos à nacionalidade e os direitos sociais, entre outros*⁸.

Os direitos fundamentais tem as seguintes características essenciais: inviolabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, universabilidade, efetividade, interdependência e complementaridade. Examinaremos cada um destes atributos.

A inviolabilidade dos direitos fundamentais se configura por não se admitir o desrespeito as suas lindes, quer por normas infraconstitucionais, quer por ato das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal.

Os direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia, eis que o ser humano não pode renunciar à vida, à liberdade, à dignidade, à segurança etc.

Os direitos fundamentais são imprescritíveis, não se esmaecem, não se volatilizam com o decurso do tempo. Os efeitos do tempo não podem elidir os direitos humanos.

São inalienáveis os direitos fundamentais, no sentido de ser vedado ao homem transferir qualquer direito deste jaez.

A universalidade dos direitos fundamentais não permite que exista restrições ao seu exercício em decorrência da nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção política, religiosa ou filosófica.

7 MIRANDA, Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais. 2.ed. Coimbra: Coimbra, t.4, p. 33.

8 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 69.

Sem a efetividade, de nenhum efeito, de nenhum valor seria a doutrina dos direitos fundamentais, pois somente a materialização dos direitos e garantias insculpidos no direito positivo tornará a sociedade digna de ser denominada de civilizada.

Há uma interatividade entre os preceitos constitucionais e outros ramos do direito. Assim, a liberdade de locomoção encontra limites quando da prática de um delito, e o *habeas corpus* é a garantia de que a prisão seja legal, além do que a prisão somente pode ser efetivada em flagrante delito ou por ordem da autoridade judiciária competente.

Impossível interpretar os direitos humanos de forma unilateral. Esta interpretação há de ser complementada com os princípios de direito público e privado não apenas nacional como internacional⁹.

Os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados a existência, organização e participação em partidos políticos.

Os direitos individuais e coletivos correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade.

Os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades posi-

vas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por vitalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme estabelece o artigo 1º, IV, da Constituição Federal.

Os direitos de nacionalidade são aqueles concernentes ao vínculo jurídico político que liga o indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos.

Os direitos políticos estão contemplados no conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, que afirma que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representante eleitos ou diretamente¹⁰.

Os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos são instrumentos

9 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 52.

10 SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 112.

necessários e importantes para preservação do Estado democrático de direito, assegurando-lhe autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo.

A doutrina dos direitos humanos, sob outra ótica, classifica os direitos humanos em direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta geração.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico, enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. São considerados direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual. São estes os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta.

Os direitos fundamentais da segunda geração são aqueles de caráter econômico, social e cultural. Dominam o século XX. Os direitos de primeira geração dominaram o século XIX. Nasceram juntamente com o princípio da igualdade. Dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra. Foram proclamados nas Declarações solenes das Constituições Marxistas e também no constitucionalismo da social-democracia, principalmente na de Weimar.

Os direitos da terceira geração são

os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade. São identificados cinco direitos da fraternidade: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada. A essência desses direitos se encontra em sentimentos de solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos¹¹.

Os direitos da quarta geração envolvem o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, não são só aqueles enumerados pelo Título II do texto constitucional, mas todos os que contenham as características apontadas, integrando, ou não,

11 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 523.

a parte reservada aos direitos fundamentais no texto constitucional. O direito à saúde é exemplo típico. Trata-se de direito fundamental, que está explicitamente reconhecido no Título II da Constituição Federal, em seu artigo 6º, como direito social. A interpretação sistemática, por seu lado, faz com que os direitos se espalhem pelo texto, de forma que o assegurado genericamente no artigo 6º seja detalhado nos artigos 196 e 197¹².

O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, dispõe que:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A VIDA PRIVADA NA HISTÓRIA

O jurista Hélio Bicudo relata que na sociedade antiga *nada havia no homem que fosse independente* e que:

A vida privada não escapava à onipotência do Estado. Essa tirania exercitava-se nas coisas mais pequenas, pois a lei, em determinadas cidades, proibia aos homens beber vinho genuíno, como em Locris, ou em Roma, Mileto e Marselha, onde o proibia às mulheres. Em Esparta a lei regulava o penteado feminino e em Atenas proibia-lhes levar em viagem mais do que três vestidos¹³.

O direito ao resguardo da própria vida privada é uma construção da

modernidade ocidental. Diante da sociedade de massas e hipercomplexa em que vivemos, o indivíduo como valor em si, tem sido relegado a segundo plano. São constantes os ataques à sua singularidade, mormente pela ação do totalitarismo estatal, da cultura de massas, da tirania do individualismo e da revolução tecnológica.

Inicialmente, no estudo do conceito de vida privada, fundamental é o estudo da dicotomia Público x Privado no seio da ciência jurídica. Na tradição ocidental costuma-se definir como públicos certos fatos ou ações cuja implementação, divulgação, ou conhecimento, estão abertos a todos; em contraposição, tem-se como privados aqueles fatos ou ações restritas ao saber e ou agir de um indivíduo ou de um grupo fechado.

Na antiguidade greco-romana, a distinção entre a esfera pública e a esfera privada possuía clara nitidez. Na Polis, ou na Urbis, o público delimitava o espaço da ação política livre e transparente; proporcionava as conversações entre os cidadãos, e instrumentalizava mecanismos que garantiam a utilidade comum¹⁴.

Por outro lado, o privado dizia respeito não só ao secreto, do que não se mostrava ao público, mas também ao campo no qual as exigências vitais de sobrevivência natural de cada indivíduo eram elaboradas.

Na idade média, não se pode afirmar haver existido uma antítese entre esfera pública e esfera privada segun-

12 ARAÚJO, *op. cit.*, p. 69.

13 BICUDO, Hélio. Direitos humanos e sua proteção. Rio de Janeiro: FTD, 1998. p.13.

14 FERNANDES, Milton. Proteção Civil da Intimidade. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 93.

do o modelo clássico antigo ou moderno. Ocorreu, ao contrário, uma hipervalorização do espaço privado frente ao espaço público. Com efeito, a tensão medieval entre a treva da vida diária e o grandioso esplendor de tudo o que era sagrado, com a concomitante elevação secular para o plano religioso, corresponde em muitos aspectos à ascensão do privado ao plano público da antiguidade.

No âmbito feudal, o particular estava munido de interesses privados, como imunidades e privilégios. Não havia uma estrutura social que reconhecesse, tal qual a modernidade o fará, ser o isolamento e a introspecção da pessoa em si mesma um direito. Pelo contrário, esta capacidade de introspecção era considerado privilégio das mais altas esferas da nobreza ou daqueles que renunciavam à vida em comunidade, como os monges, pastores, etc¹⁵.

Na era moderna, a distinção entre a esfera pública e a privada torna-se mais indelével diante do surgimento de uma terceira esfera de atuação do Homem, a chamada sociedade civil burguesa. Nesta, a reprodução da vida ultrapassa o âmbito da economia doméstica, abrindo espaço híbrido entre o público e o privado no qual o burguês desempenha suas relações civis.

A complexidade dos intercâmbios mercantis passa a exigir que o Estado soberano estabeleça critérios racionais para as relações de comércio. A lei foi utilizada para esquematizar conceitos

abstratos que personificam papéis como do comerciante, do trabalhador, e do homem como ser social dotado de direitos próprios.

O conceito de homem privado já não mais estava preso ao espaço de trabalho e sobrevivência representado pela própria casa, nem mesmo confundia-se com o *dominius* feudal. Ao contrário, membro atuante do espaço social-privado, marcado pela área do econômico, pela livre iniciativa, pela propriedade privada, o burguês apresenta-se, agora, não só como proprietário e dono de mercadorias, mas também, como ser humano capaz de manter relações puramente humanas.

A privatização da vida pode ser observada via mudança no estilo arquitetônico. Nas modernas mansões privadas das grandes cidades as peças que serviam para toda família transformaram-se em recantos estreitos, o espaço familiar, o local de permanência comum para o homem, a mulher e as crianças tornou-se cada vez menor. Em compensação, os quartos privados de cada um dos membros da família tornaram-se cada vez mais numerosos, sendo decorados de modo característico. O isolamento do membro da família, mesmo no interior da casa, passa a ser algo positivo.

O surgimento da esfera social-privada marca o aparecimento de dois novos campos de atuação no âmbito do privado: o primeiro, marca a relação do homem mercador em público restrita aos interesses que só lhe dizem respeito, o segundo, marca a diferenciação do indivíduo, enquanto pessoa,

15 ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 33.

frente à sociedade e ao Estado¹⁶.

A privacidade, no sentido moderno de uma interioridade livre e satisfeita, tem suas origens na esfera íntima da família. Nesta, o sentido antigo de privado – o domínio onde reina a necessidade ditada pelas exigências de sobrevivência – está, ao que parece totalmente excluído do círculo íntimo do lar. À medida que a troca de mercadorias rebenta com os limites da economia doméstica, a esfera restrita da família se delimita perante a esfera da reprodução social: o processo de polarização entre o Estado e sociedade repete-se mais uma vez dentro da sociedade. O *status* de homem privado combina o papel de dono de mercadorias com o pai de família, o de proprietário com o de homem simplesmente.

A moderna descoberta da intimidade parece constituir uma fuga do mundo exterior como um todo para a subjetividade interior do indivíduo, subjetividade esta que antes fora abrigada e protegida pela esfera privada.

A duplicação da esfera privada no nível da esfera íntima e da esfera privada propriamente dita, oferece a base para a identificação daqueles dois papéis exercidos pelo Homem no âmbito comum do privado, quais sejam: o burguês mercador e o homem enquanto ser ético-moral.

Donde, portanto, a consolidação da esfera privada em dois círculos concêntricos: o primeiro, de raio mais

amplo, representa o campo das relações de comércio privado que o burguês proprietário empreende, dentro da sociedade produtiva, o segundo, de raio menor, representa as relações deste mesmo burguês na intimidade de suas relações familiares e introspectivas que lhe perfazem o perfil propriamente humano.

No tocante à proteção à vida privada, o ponto marcante de sua consolidação foi o artigo *Warren-Brandeis*, ensaio publicado em 1890, na *Haverd Law Review*, sob o título *The Right to Privacy*, escrito pelos advogados Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis. Os autores, no longo artigo de vinte e oito páginas, estabeleceram a necessidade do reconhecimento legal do direito à vida privada e que a tutela poderia ser garantida por meios de remédios judiciais. A partir de então as cortes americanas começaram a reconhecer e tutelar o direito à vida privada.

Em 1967 a organização norte-americana Office of Science and Technology afirmava:

*O direito à vida privada é o direito do indivíduo de decidir por si mesmo em que medida compartilhará com os outros o seu pensamento, os seus sentimentos e os fatos de sua vida privada*¹⁷.

Ao lado do firme avanço da jurisprudência durante o século XX, o marco legislativo mais significativo foi representado pela Lei francesa n.º 70-643, de 1970, que modificou o arti-

16 SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 34.

17 DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 71.

go 9º do Código Civil, nele entronizando o direito à vida privada.

No Brasil, num breve exame das Constituições anteriores à de 1988, verificamos que, em forma genérica, ao proteger os direitos fundamentais, tutelava-se o direito à vida privada. A Constituição do Império, ao assegurar a inviolabilidade do domicílio e das cartas, dava garantias à intimidade. Da mesma forma, as Constituições Republicanas: a de 1891 (art. 72, parágrafos 11 e 18); a de 1934 (art. 113, nº 8 e 16); a de 1937 (carta outorgada) repetia em linhas gerais a anterior de 1934, no artigo 122, nº 6; a de 1946 (art. 141, parágrafo 6º e 15). A Constituição de 1967 e sua Emenda nº 1, de 1969, mantiveram a tutela da vida privada ao garantir o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, bem como a inviolabilidade do domicílio (art. 153, parágrafo 9º e 10).

Atualmente, guardadas as devidas proporções, a estrutura básica da esfera privada tem se mantido a mesma da fase moderna, isto é, o homem burguês ainda vê-se a si mesmo no exercício de papéis privados diferenciados (o de proprietário e o de pai de família). Contudo, nos últimos tempos, alguns fatos sociais têm ameaçado, não só o modelo de separação entre o público e o privado, mas também a pacífica fruição da própria vida privada pelo homem contemporâneo, a saber: 1) a tirania do individualismo exacerbado; 2) a ação niveladora da cultura de massas; 3) o totalitarismo estatal; 4) a revolução tecnológica. A reação da sociedade a estes fatos contribuiu, sobremaneira, para que

fossem desenvolvidos e positivados mecanismos jurídicos que tutelassem a vida privada do indivíduo¹⁸.

O DIREITO À VIDA PRIVADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988, no quadro geral dos direitos fundamentais, assegura a proteção dos direitos da personalidade, entre os quais se insere a proteção da vida privada (art. 5º, X).

Os direitos da personalidade, positivados constitucionalmente sob o regime dos direitos fundamentais, seguem a teoria geral das liberdades públicas, não só por formarem grupo de normas sujeitas a regime especial, mas, particularmente, por dizerem respeito aos fatores que garantem a autodeterminação que o homem exerce sobre si mesmo (liberdades individuais psíquicas)¹⁹.

Os direitos da personalidade, dentro do quadro dos direitos fundamentais, formam, por um lado, um bloco em cujo cerne está a liberdade pública pessoal, seja esta manifestada na segurança do próprio corpo físico (integridade física, liberdade de ir e vir), ou mesmo pelas liberdades relacionadas com o intelecto (liberdade de consciência, de culto, de divertimento, de privacidade).

Além da esfera das liberdades individuais, os direitos da personalidade apresentam-se como condição da existência coletiva, porque há que se

18 PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1993. p. 539.

19 BITTAR, *op. cit.*, p. 23.

considerar que a violação da personalidade humana comporta em situação de perigo para a solidariedade e convivência entre os homens.

Dentro do sistema constitucional brasileiro, o direito à proteção da vida privada, positivado no art. 5º, X, da Constituição Federal, pode ser qualificado como sendo um direito fundamental da pessoa humana, cuja natureza jurídica é influenciada tanto pelo regime das liberdades públicas quanto pelo regime dos direitos da personalidade.

Direito à vida privada ou direito à intimidade deve ser entendido como o direito personalíssimo que permite subtrair a pessoa da publicidade e que está limitado pelas necessidades sociais e pelos interesses públicos²⁰.

Em decorrência de preceito constitucional são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar na casa sem consentimento do morador. A menos que se trate: durante o dia, de determinação judicial; durante o dia e também à noite, de caso de flagrante delito, de desastre ou de hipótese em que se faça necessário prestar socorro a alguém. É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas. Também os presos têm direito à inviolabilidade da correspondência.

Fábio Konder Comparato assevera que:

20 LUNO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos*. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1991. p. 339.

*Os verdadeiros direitos individuais visam a garantir à pessoa humana um espaço vital mínimo, contra as interferências do outro*²¹.

O professor João Batista Herkenhoff preleciona que:

*A vida privada é um reduto sagrado, espaço indispensável à preservação do equilíbrio emocional do ser humano. O próprio homem público, permanentemente julgado por seus atos, tem direito a que o âmbito de sua privacidade permaneça inviolado*²².

No mundo ocidental contemporâneo o conceito de vida privada demarca, em essência, a individualidade do homem, não só frente aos outros indivíduos e à sociedade, mas também, frente ao Estado, consubstanciando espaços nos quais as forças de criação e imaginação do homem estão livres, seja para reflexos introspectivas atinentes ao íntimo de cada qual, seja para manter intercâmbios sociais nos quais cabe a cada um, privativamente, escolher como, onde e quando atuar.

Representa um grande desafio estabelecer com precisão os contornos, os limites, o conteúdo, a dimensão do que deve ser tutelado e em que medida no que respeita à preservação da intimidade e da vida privada de cada pessoa.

Atualmente em nosso país se de-

21 HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos: gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 97

22 COMPARATO, Fábio Konder. *Liberdades formais e liberdades reais*, In: *Para Viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 33.

bate a quebra do sigilo bancário das pessoas físicas e jurídicas para que se possa combater o crime de sonegação fiscal. Uma grande polémica encontra-se em curso no mundo jurídico. Os juristas procuram os fundamentos para justificar os seus pontos de vista e para dimensionar o campo de proteção da vida privada.

A grande dificuldade é delimitar a fronteira entre o público e o privado, entre a esfera privada e a esfera íntima, esfera íntima e esfera de segredo, e, mais do que isso, estabelecer o conteúdo de cada uma delas, sobretudo pelo seu carácter extremamente volátil.

René Ariel Dotti assevera que:

Genericamente a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade da sociedade moderna que, para tanto, conta com aparelhos altamente sofisticados²³.

O difícil é estabelecer objetivamente o conteúdo de aspectos da vida das pessoas que deva ser levado ao conhecimento público, de acordo com um senso comum, detectável em cada época e lugar. No entanto, é indispensável que tais aspectos da vida privada sejam pelo menos determináveis ou identificáveis em cada situação, de acordo com os valores sociais vigentes.

A generalidade das legislações tem

preferido apenas proclamar o direito à vida privada, deixando o preenchimento do seu conteúdo à apreciação casuística da jurisprudência em função de cada situação concreta e da condição das pessoas. O exame da legislação e da jurisprudência não permite dar uma noção precisa do que seja a vida privada.

No entanto, a proteção da vida privada tem valor considerável em todas as culturas, em todos os lugares e em todas as épocas, não obstante algumas variações de intensidade e outras de conteúdo.

A variação do conceito de acordo com as diferentes culturas e os diferentes valores sociais se observa pelo mundo. Na França é proibida a divulgação dos processos de divórcio, enquanto na Grã Bretanha os divórcios de pessoas famosas alimentam a crónica; nos EUA os rendimentos e as fortunas de cada um são objeto de publicações constantes, enquanto na França esses elementos do património são encobertos pelo mais absoluto sigilo. Mesmo no âmbito dos indivíduos a base de domínio da vida privada modifica-se em se tratando de uma pessoa qualquer, alheia a toda vida pública, ou de um político ou personalidade famosas e de grande notoriedade.

Qualquer fórmula em que se queira circunscrever a vida privada será tanto melhor se tiver uma tal generalidade que permita encampar todas as variações possíveis desse sentimento humano e se for flexível o bastante para acompanhar as mutações que sofre ao longo do tempo, com variação do seu conteúdo conforme a maior

complexidade da vida social, que o avanço tecnológico influencia em várias direções.

Assim, o direito fundamental à proteção da vida privada pode ser conceituado como 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.

CONCLUSÃO

Dentro do sistema constitucional brasileiro, o direito à proteção da vida privada, positivado no artigo 5º, X, da Constituição Federal, pode ser qualificado como um direito fundamental da pessoa humana, cuja natureza jurídica é influenciada tanto pelo regime das liberdades públicas quanto pelo regime dos direitos da personalidade.

No mundo ocidental contemporâneo, o conceito de vida privada demarca, em essência, a individualidade do homem, não só frente aos outros indivíduos e à sociedade, mas também, frente ao Estado; consubstanciando espaços nos quais as forças de criação e imaginação do homem estão livres, seja para reflexões introspectivas atinentes ao íntimo de cada qual, seja para manter intercâmbios sociais nos quais cabe a cada um, privativamente, escolher como, onde e quando atuar.

Diante da sociedade de massa e hiper-complexa em que vivemos, o indivíduo como valor em si, tem sido

relegado a segundo plano. Os direitos fundamentais estruturados no artigo 5º da Constituição Federal constituem, dentro do sistema jurídico e político, o principal mecanismo que orienta o respeito e a promoção da pessoa humana.

Os direitos fundamentais preditam ser o homem, ontologicamente, um valor absoluto, não para si, mas também para os outros que com ele entrem em relação. Eles pressupõem a concretização do valor da dignidade humana, na medida em que resguardam a integridade do indivíduo como uma das linhas de forças que contribuem para se efetivar o pluralismo e a harmonia social.

O direito à proteção da vida privada, enquanto constitui uma das manifestações dos direitos da personalidade, tem se tornado um dos aspectos jurídicos mais relevantes que se lança mão para se proteger o indivíduo tomado como ente particular, senhor de querências e qualidades próprias, cuja singularidade e privacidade devem ser resguardadas, não só perante a sociedade composta pelos outros indivíduo, mas também contra o Estado percebido enquanto aparato burocrático.

O direito à vida privada, como direito fundamental, ainda está em vias de conquistar o lugar que lhe é próprio de forma efetiva. A sua tutela continua tendo por base, essencialmente, as normas constitucionais que estabelecem os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Poucos países, como Portugal, França e Argentina, proclamaram um

direito geral à intimidade, poupando aos operadores do direito enorme esforço de raciocínio e argumentação. Portugal avançou e incluiu no Código Civil uma disciplina específica sobre os direitos da personalidade.

Na maioria dos países, como nos Estados Unidos, Alemanha e Itália, o direito à intimidade tem de ser deduzido das várias normas que protegem aspectos particulares e específicos da sua manifestação, como as que determinam a inviolabilidade do domicílio, das diversas formas de comunicação privada e o segredo profissional, a partir de uma interpretação sistemática ou extensiva, com fundamento na analogia ou no princípio da recepção implícita, dos valores sociais que são recepcionados pelo sistema jurídico independentemente de referência expressa.

No Brasil, os projetos do novo Código Civil, do professor Orlando Gomes e da Comissão presidida pelo professor Miguel Reale, tiveram essa preocupação, mas não existe qualquer perspectiva de terminar o já longo processo de votação no Congresso Nacional.

O pouco desenvolvimento do direito à intimidade no Brasil se deve menos à falta de lei específica a respeito e mais à falta de amadurecimento da sociedade e da comunidade jurídica, tanto que os estudos até agora feitos entre nós são sintomaticamente escassos.

Mas, os direitos fundamentais, não temos dúvida, serão o centro das discussões deste século que se inicia e uma de suas maiores preocupações.

Não apenas como matéria de estudo, mas principalmente como direitos a serem efetivamente objeto de implementação, resgate aplicação e defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto Davis; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARENDR, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BICUDO, Hélio. Direitos humanos e sua proteção. Rio de Janeiro: FTD, 1998.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. São Paulo: Forense Universitária, 1989.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. Liberdades formais e liberdades reais: para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FERNANDES, Milton. Proteção Civil da Intimidade. São Paulo: Saraiva, 1977.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 2. ed. São Paulo: Saravia, 1984. 1ª parte.
- HERKENHOFF, João Baptista. Direitos Humanos: uma idéia, muitas vozes. Aparecida-SP: Santuário, 1998.
- HERKENHOFF, João Baptista. Direitos Humanos: a construção universal de uma utopia. Aparecida-SP: Santuário, 1997.
- LUNO, Antonio E. Pérez. Derechos Humanos. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra. t. 4.
- PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, p. 539, 1993.
- SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1991.