

Ilton Norberto Robl Filho

**DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA E DIREITO À INFORMAÇÃO: UMA
ANÁLISE PARA ALÉM DO APARENTE CONFLITO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO**

Curitiba
2005

Ilton Norberto Robl Filho

DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA E DIREITO À INFORMAÇÃO: UMA ANÁLISE PARA ALÉM DO APARENTE CONFLITO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Curso de Graduação em Direito

Curitiba
2005


Ilton Norberto Robl Filho

DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA E DIREITO À INFORMAÇÃO: UMA ANÁLISE PARA ALÉM DO APARENTE CONFLITO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:


Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.


Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.


Prof. Dr. Elimar Szaniawski
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.

Curitiba, 26 de outubro de 2005.

Agradeço ao Professor e Orientador José Antônio Peres Gediel a constante orientação e o apoio neste trabalho de monografia, assim como em minha vida acadêmica.

Esta monografia é dedicada a todos que me auxiliaram direta e indiretamente nesta batalha. Não foram poucos.

É nessa dimensão do “fazer história coletivamente” que a idéia pode atravessar a temática dos direitos fundamentais e representar, no plano do conhecimento, uma possibilidade de libertação, aqui apreendida como a alavanca emancipatória do sujeito que se apropria de sua condição histórica e se apresenta como ser pensante perante o mundo que o circunda.

Luiz Edson Fachin

Sumário

RESUMO.....	vii
INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO 1 – DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA E DIREITO À INFORMAÇÃO	
1.1. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA	06
1.2. DIREITO À INFORMAÇÃO.....	17
CAPÍTULO 2 – O PÚBLICO, O PRIVADO E O SOCIAL NO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT	
2.1. O PÚBLICO E O PRIVADO	26
2.2. A EMERGÊNCIA DAS ESFERAS SOCIAL E ÍNTIMA	30
2.3. FUNDAMENTAÇÃO E CONTORNOS DO DIREITO À INFORMAÇÃO E DO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA	36
CAPÍTULO 3 – DUAS ESTRUTURAS JURÍDICAS: O DIREITO COMO PROMOÇÃO DOS INTERESSES PRIVADOS PATRIMONIAIS OU DA EMANCIPAÇÃO HUMANA	
3.1. O CASO LÜTH	45
3.2. AS DECISÕES DE PRIMEIRO GRAU E DO TRIBUNAL DE HAMBURGO E A DO TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL: AS DIVERSAS CONCEPÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS SUAS CONSEQÜÊNCIAS	48
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

Resumo

A presente monografia discute, de forma imediata, o aparente conflito entre o direito à informação e o direito à intimidade e à vida privada como um confronto entre o público e o privado, assim como, de forma mediata, o possível papel emancipador dos direitos fundamentais. Após a constatação de que a dogmática jurídica não trata adequadamente esses dois direitos fundamentais e a colisão entre ambos, busca, através da delimitação do público e do privado, subsídios para enfrentar o tema. Por meio da obra de Hannah Arendt, investiga tanto o público e o privado na Antigüidade ocidental, principalmente na cidade-estado grega do século V a.C., como as alterações profundas que a época moderna trouxe a esses conceitos. Observa, ainda, o advento da modernidade com ênfase no processo de acumulação de riquezas infindável e bastante em si mesmo, além da emergência da intimidade como uma descoberta moderna e valor principal da esfera privada atual. A partir do público e do privado, procura a fundamentação e os contornos do direito à informação e do direito à intimidade e à vida privada. Através da análise de um importante caso do Tribunal Federal Constitucional Alemão de 1958 (caso Lüth), desenvolve as características de duas estruturas jurídicas diversas, sendo a primeira promotora do processo de acumulação de riquezas e a segunda da emancipação humana. Por fim, após uma análise das funções exercidas por ambas as estruturas, aponta qual estrutura prevalece no exercício do direito à informação e do direito à intimidade e à vida privada

INTRODUÇÃO

A categoria dos direitos fundamentais é uma das mais exploradas pela dogmática jurídica e pela filosofia do direito. A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, a humanidade compreende que o projeto moderno racional não nos conduziria necessária e inexoravelmente à emancipação pessoal e social. Além da extrema brutalidade inerente a qualquer guerra, a intensidade dos confrontos travados e o enorme território em que a guerra aconteceu (praticamente em todo o mundo, transformando-o em enormes trincheiras) fizeram-na especialmente cruel.

A própria idéia de humanidade, durante a primeira metade do século XX, foi posta em xeque, pois a construção histórica e social que concedeu a cada ser humano, pelo simples fato de pertencer à espécie humana, direitos e deveres, pereceu. Nesse contexto, a reconstrução dos direitos fundamentais tornou-se um dos debates mais urgentes. Como não poderia ser diferente, aos interesses privados patrimoniais, os quais foram um dos principais fatores da eclosão das guerras, impuseram-se freios. À voracidade do capital, respondeu-se com direitos.

No entanto, o que nos atordoa há certo tempo, desde os primeiros estudos sobre a Constituição na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, é que aos direitos fundamentais foi concedido o papel de restaurar a dignidade intrínseca de cada membro da espécie humana. No entanto, os direitos fundamentais de primeira geração ou de liberdade foram os responsáveis pela legitimação de um modelo social fundado na opressão de muitos para a emancipação de poucos.

Creemos ser importante e necessário ressaltarmos que a opressão social sofrida pela maioria da população é a mais torpe possível: a ausência quase completa dos meios para saciar as necessidades básicas inerentes à condição de seres humanos. Dessa forma, não se trata apenas de imposições de idéias e de forma de vida, e sim de certos valores e ações que negam à grande parte dos seres humanos direitos básicos de moradia, alimentação e procriação adequadas.

Sendo assim, apesar de grandes obras sobre o papel emancipador dos direitos fundamentais, nunca nos convencemos que os mesmos direitos que criaram um modelo social injusto (modernidade capitalista) são responsáveis pela emancipação dos

membros desse mesmo sistema. Não nos parece possível, sem um grande esforço da humanidade e de seus principais atores, que os instrumentos que serviram para legitimar a dominação de todas as esferas humanas por interesses privados são capazes de evitar uma ruptura totalitária ou transformar a vida dos seres humanos concretos.

Esta monografia, dessa forma, possui o objetivo essencial e mediato de debater a opressão social, entendida como a prevalência dos interesses privados travestidos de sociais sobre o espaço público e a esfera íntima, a partir de uma análise jurídica atenta a uma possível função emancipadora dos direitos fundamentais.

Mesmo conhecendo os debates e a rica construção dos direitos da personalidade no Direito Privado, os quais representam a tutela dos bens essenciais nas relações interprivadas, nossa análise utilizará a terminologia de direitos fundamentais. Aprendemos que a separação entre direitos da personalidade e direitos fundamentais é falsa e dificulta a tutela desses bens essenciais, desconsiderando que a proteção da personalidade não pode ser tutelada apenas na esfera privada ou somente na pública.¹

Sem desconhecer essa crítica, utilizaremos o termo direitos fundamentais quando se refira aos direitos da personalidade positivados constitucionalmente, como o direito à intimidade e à vida privada. Assim o faremos por duas razões. A primeira é que a positivação dos bens essenciais concretizadores da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade humana foi uma resposta das Constituições, após a influência que sofreram das declarações e convenções internacionais², às barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial.

¹ A rígida separação entre direitos da personalidade públicos e privados dificulta a proteção efetiva da personalidade humana. Os professores José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco MUNIZ, após abordarem o modesto elenco normativo dos direitos da personalidade contido no Código Civil Italiano de 1942, observam que a existência dessa pequena proteção por um diploma civil foi uma vitória, já que, “no curso dos trabalhos preparatórios (do Código Civil), se haviam insurgido os pregoeiros de uma rigorosa concepção fascista do Estado: segundo os fascistas, bastaria a tutela publicística dos direitos da pessoa, sendo corpo estranho no sistema de tutela de natureza privatística. Note-se como a concepção totalitária do Estado utilizava em seu benefício a separação rígida entre Direito Público e Privado” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco. O Estado de direito e os direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, nº. 19, p. 226).

² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 49. Conforme o pensamento de OLIVEIRA e MUNIZ, “No âmbito do Direito Civil nasceu a defesa do ser humano contra o poder do Estado. Mas, como observa Tucci, o século XIX conheceu um processo de progressivo esvaziamento dos

O segundo motivo encontra-se na alteração do ápice ou centro do ordenamento jurídico. Isso pode ser observado com o advento das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), as quais retiraram do Código Civil a responsabilidade pela unidade do sistema jurídico, ao mesmo tempo em que as normas contidas nas Constituições passaram a representar o ápice do sistema jurídico.

Após a nossa breve digressão sobre o porquê, nesta monografia, do uso do termo direitos fundamentais, voltemos à delimitação do objeto da pesquisa. Sobre este, temos a absoluta lucidez que, num projeto de conclusão de curso, a construção de um objeto de pesquisa acerca da prevalência dos interesses privados travestidos de sociais, a partir de uma análise do possível papel emancipador dos direitos fundamentais, é impraticável. Por esse motivo, buscamos um objeto primário e imediato de estudo que pudesse tangenciar o nosso objeto essencial e mediato.

Assim sendo, após inúmeras leituras e reuniões com nosso orientador, resolvemos abordar o aparente conflito entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito (liberdade) à informação. O tema da colisão (conflito) entre direitos fundamentais recebe grande atenção dos estudos jurídicos atuais. Nos manuais de Direito Constitucional, assim como em obras específicas, saltam aos olhos, na maioria dos trabalhos, a recorrente colisão entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação.

Geralmente, as obras colocam a questão como um problema entre os espaços público e privado, fruto de um choque recorrente e natural entre interesses públicos e bens essenciais ao desenvolvimento da personalidade. Nessa linha, a liberdade de informação tutelaria um direito público de livre manifestação do pensamento e, em última análise, a democracia.

O direito à intimidade e à vida privada, por outro lado, protegeria um círculo necessário para o desenvolvimento da subjetividade humana e das suas relações pessoais, sendo assim um direito privado. No entanto, há algumas razões, que exporemos neste trabalho, que podem levar-nos a crer que se trata de um falso conflito entre o público e o privado sistematicamente reafirmado pelo direito.

Códigos Cíveis em relação ao primitivo conteúdo de defesa dos direitos individuais do Direito Privado” (OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. Obra citada, p. 226).

Esses motivos apontam, contemporaneamente, para a inexistência de um conflito entre um interesse público, manifestado no exercício da liberdade de informação, e um valor privado, tutelado pelo direito à intimidade e à vida privada. O que a maioria observa ser um conflito entre o público e o privado, podemos ver, por outro lado, como a colonização de todas as esferas da vida por interesses privados patrimoniais.

Assim, apesar de a liberdade de informação ser fundamental para a construção de um espaço público composto por bens materiais (cidades, monumentos e etc.) e imateriais (idéias, normas, religiões), visando uma permanência superior às existências individuais, o exercício desse direito não concorreria para esse fim.

Ainda, é possível observar uma indústria do jornalismo que não se importa em exercer o papel de fiscalizadora dos assuntos públicos e privados relevantes para a construção de uma sociedade plural e democrática. Preocupa-se, em verdade, em promover uma sensibilidade inescrupulosa do público contemporâneo em devorar aspectos íntimos dos seres humanos.

Em relação à intimidade e à vida privada, apesar de valores fundantes e positivos do homem moderno, sendo condições para o desenvolvimento da identidade individual de cada ser humano, do pensar, das relações afetivas e de carinho, impondo aos outros membros da sociedade uma invisibilidade sobre o que se passa intimamente, não é assim, muitas vezes, que os homens contemporâneos desenvolvem as suas vidas e que as instituições tutelam esses valores. Hoje, a intimidade e a vida privada são vistas como valores possíveis de serem trocados no mercado.

Para enfrentarmos o nosso objetivo imediato, análise do falso conflito entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, observaremos, no primeiro capítulo, a insuficiência das construções jurídicas desses direitos. Pontuaremos, em nossa análise, tanto a ausência de conclusões precisas, por parte da doutrina, acerca do conteúdo e do objeto de proteção do direito à intimidade e à vida privada, quanto as conseqüências sociais indesejadas causadas pelo exercício da liberdade de imprensa.

No segundo capítulo, após termos traçado, em linhas gerais, no primeiro capítulo, os conceitos dos direitos à intimidade e à vida privada e à informação, cremos ser necessário enfrentar a construção histórica, principalmente na cidade-estado grega,

e a atual dos espaços público e privado. Assim faremos por pensarmos que a compreensão dos bens jurídicos tutelados direta e indiretamente por esses direitos, e as suas funções, dependem da análise das categorias do público e do privado.

No último capítulo, pretendemos estudar o desvio de função desses direitos, o qual, possivelmente, é causado por uma estrutura jurídica não somente conivente com a ascensão dos interesses privados, mas também promotora de um modelo social pautado apenas e tão somente em interesses patrimoniais relativos à riqueza individual de seus membros. Essa hipótese vê, em verdade, a construção de todo um ordenamento jurídico para a proteção da propriedade como um fim em si mesma, sendo que esta, de condição de possibilidade para o gozo do mundo comum, passou a ser a razão de ser das vidas contemporâneas.

O desenvolvimento do terceiro capítulo terá como linha condutora uma importante decisão do Tribunal Federal Constitucional Alemão de 1958 (caso Lüth), a qual versa sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivados. Por meio dessa decisão, debateremos a existência de duas estruturas jurídicas, sendo a primeira promotora dos interesses privados patrimoniais e a outra militante da emancipação humana. Por fim, apontaremos, com os subsídios dos outros capítulos, qual das estruturas prevalece no exercício do direito à informação e do direito à intimidade e à vida privada.

1. Direito à Intimidade e à Vida Privada e Direito à Informação

1.1. Direito à Intimidade e à Vida Privada

No artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, observamos: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei”.

No plano internacional, o direito à intimidade e à vida privada encontra-se, ainda, no artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos – primeiro texto internacional a tutelar esse direito³ -, no artigo 17 do Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, no artigo 11 da Convenção Americana de 1969 sobre os Direitos do Homem e no artigo 8º da Convenção Européia de 1950 sobre os Direitos do Homem.

Posteriormente, a tutela foi concedida pelas legislações nacionais. Como exemplos: a Lei n.º 70-643 introduz o artigo 9º ao *Code Civil* para proteger o respeito à vida privada na França; na Espanha, o direito à intimidade pessoal e familiar é garantido pelo artigo 18º, nº 1, da Constituição de 1978; o artigo 26, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, tutela a reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Em nossa realidade latino-americana, observamos: nos artigos 18 e 19 do Código Civil da Bolívia de 1975, a tutela da vida íntima da pessoa; no Peru, o artigo 14 do Código Civil de 1984 protege a intimidade da vida pessoal e familiar; já, na Argentina, o artigo 1.071 defende a intimidade contra qualquer forma de perturbação.

No direito brasileiro, o direito à intimidade e à vida privada é reconhecido no artigo 5º, X, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, assim como na cláusula geral do artigo 21 do Código Civil Brasileiro. Cremos ser relevante notar, ainda, em relação ao nosso ordenamento, que a Lei de Imprensa (Lei n.º. 5250/67) foi o

³ Segundo Edilson Pereira de FARIAS, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi aprovada em Bogotá no dia 02 de maio de 1948, já a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada no dia 10 de dezembro de 1948 em Nova York. Ver FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, p. 138.

primeiro instrumento legislativo a tutelar expressamente o direito à intimidade e à vida privada.

Importante notarmos que o direito à intimidade e à vida privada não foi tutelado em instrumento específico de proteção da intimidade e da vida privada na primeira manifestação explícita desse direito no ordenamento jurídico nacional (Lei de Imprensa). Em verdade, seguiu o desenvolvimento jurídico internacional de pensar a tutela da intimidade e da vida privada a partir de sua violação pela imprensa.

Sobre o conceito do direito à intimidade e à vida privada, a doutrina é controversa, assim como em relação à delimitação do bem jurídico tutelado. Começaremos o estudo desse direito através de dois manuais de Direito Constitucional Positivo amplamente conhecidos e utilizados, principalmente, no estudo dos graduandos em Direito.

No “Curso de Direito Constitucional”, Luiz Alberto David de ARAUJO e Vidal Serrano NUNES JÚNIOR vêm:

(...) a vida social como um grande círculo, dentro do qual um menor, o da privacidade, em cujo interior seria oposto um ainda mais constricto e impenetrável, o da intimidade.

Assim, o conceito de intimidade tem valor exatamente quando oposto ao de privacidade, pois, se se cogita da tirania da vida privada, aduz-se exatamente à tirania da violação da intimidade, como, por exemplo, o pai que devassa o diário da filha adolescente ou viola o sigilo das suas comunicações.⁴

Apesar de entenderem que a esfera da vida privada contém a intimidade, os autores vislumbram dois diferentes significados para os termos intimidade e privacidade (vida privada), sendo função da proteção concedida à intimidade evitar as tiranias da vida privada. Assim, o conceito de privacidade “fixa a noção das relações interindividuais que, como as nucleadas na família, devem permanecer ocultas do público”.⁵

Já o de intimidade pauta-se pela divisão nuclear entre eu e outros, procurando criar um espaço – esfera – impenetrável até às pessoas mais próximas, íntimas. Dessa

⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 104.

⁵ ARAUJO, L. A. D.; NUNES JR, V. S. Obra citada, p. 104.

forma, o direito à intimidade tem “importância e significação jurídica na proteção exatamente do indivíduo para defendê-los de lesões a direitos dentro da interpessoalidade da vida privada”.⁶

Os referidos constitucionalistas da Faculdade de Direito da PUC-SP asseveram, sobre a proteção concedida pelo direito à privacidade (vida privada) e pelo direito à intimidade, que as relações bancárias e os relacionamentos pessoais compõem o direito à privacidade, já os segredos pessoais, as dúvidas existenciais, a orientação sexual, o direito à intimidade.⁷

ARAUJO e NUNES JR afirmam, ainda, que, além da proteção expressa do artigo 5º, X, da Constituição Federal brasileira, ambos direitos (direito à intimidade e direito à privacidade) são tutelados indiretamente, na Constituição, pela inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI) e pela inviolabilidade de correspondência (art. 5º, XII).⁸

De outro lado, José Afonso da SILVA, no “Curso de Direito Constitucional Positivo”, crê que, através de uma leitura sistemática da Constituição Federal, o direito à intimidade e à vida privada decorre do direito à vida positivado no caput do artigo 5º. Pensa, ainda, que a honra, a imagem e a vida privada, todas dispostas no mesmo artigo 5º, agora em seu inciso X, são formas de tutelar e permitir o desenvolvimento da intimidade, contida no mesmo inciso.⁹

No entanto, em nossa Constituição, “a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com os outros, manifestação daquela”.¹⁰

Sendo assim, por acreditar que a terminologia constitucional não é precisa, SILVA prefere utilizar a expressão direito à privacidade, adotando os desenvolvimentos jurídicos de Moacyr de OLIVEIRA, que conceitua esse direito:

(...) como ‘o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito’. A esfera da inviolabilidade, assim, é ampla, ‘abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos,

⁶ ARAUJO, L. A. D.; NUNES JR, V. S. Obra citada, p. 104.

⁷ ARAUJO, L. A. D.; NUNES JR, V. S. Idem, ibidem.

⁸ ARAUJO, L. A. D.; NUNES JR, V. S. Idem, p. 107-111.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 204-205.

¹⁰ SILVA, J. A. da. Obra citada, p. 205.

hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos do indivíduo'.¹¹

Antes de analisar a intimidade e a vida privada especificamente, SILVA afirma que a doutrina sempre se recorda da construção jurisprudencial do Juiz norte americano Cooley, em 1873, pois foi esse magistrado da Corte Suprema dos Estados Unidos que identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranqüilo, de estar só.¹²

Por meio do conceito de intimidade fornecido por René Ariel DOTTE e Adriano de CUPIS, define a intimidade como uma esfera restrita, secreta, do indivíduo, em que esse tem o direito de excluir os outros sobre suas informações.¹³ Sendo assim, abrange a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo da correspondência e o segredo profissional.

Em relação ao termo vida privada, acredita que, devido à maneira como foi recepcionado pela Constituição, é mais amplo, representando “o conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida”.¹⁴ Esse aspecto do direito à privacidade protege a pessoa dos atentados ao segredo da vida privada e à liberdade da vida privada.

No que tange ao primeiro atentado, através de Pierre KAYSER, defende que a privacidade tutela a vida privada ao controlar a divulgação ao público e a investigação de eventos relevantes da vida pessoal e familiar, assim como a proteção contra conservação de documentos relativos à pessoa caso tenham sido obtidos ilicitamente.

15

¹¹ SILVA, J. A. da. Obra citada, p. 205.

¹² SILVA, J. A. da. Idem, ibidem.

¹³ SILVA, J. A. da. Idem, p. 206.

¹⁴ SILVA, J. A. da. Idem, ibidem.

¹⁵ SILVA, J. A. da. Idem, p. 207. SILVA aborda de forma esquemática e confusa o posicionamento de KAYSER sobre o direito à intimidade e à vida privada. Na obra “*Direitos de Personalidade e sua Tutela*”, SZANIAWSKI, ao tratar dos dois sentidos que os autores franceses concedem à expressão proteção da vida privada, trabalha de forma refinada com os conceitos elaborados pelo referido autor francês. KAYSER classifica os direitos da personalidade em dois grupos: os comparáveis aos direitos de crédito e os comparáveis aos direitos reais. O primeiro tipo de direitos da personalidade é composto pelo direito ao respeito da vida privada; pelo direito de se opor à divulgação da vida privada, pelo direito de se opor a uma investigação na vida privada e pelo direito de resposta. Para uma análise dos três primeiros direitos da personalidade comparáveis aos direitos de crédito ver SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 290-292.

Já o constitucionalista José Adércio Leite SAMPAIO trabalha profundamente o tema do direito à intimidade e à vida privada no seu livro “Direito à Intimidade e à Vida Privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte”.

Nessa obra, em suas 615 páginas, SAMPAIO faz uma análise detalhada e vertical do direito à intimidade e à vida privada, no direito pátrio e no comparado, desde a sua origem até os contornos atuais, tendo os desenvolvimentos jurisprudenciais, principalmente das Cortes Constitucionais e dos Supremos Tribunais, papéis relevantes.

SAMPAIO aborda, no começo do livro, a formação do direito à intimidade e à vida privada, observando sua arqueologia – podemos dizer que esta se refere ao período em que a intimidade e a vida privada não eram tuteladas autonomamente. Sendo assim, estes valores recebiam proteção reflexa por meio de outros institutos jurídicos clássicos. Nas palavras de SAMPAIO, até antes do final do século XIX, os valores intimidade e vida privada:

(...) tomavam de empréstimo conseqüências jurídicas que não os acomodavam perfeitamente, deixando de resolverem de forma satisfatória muitos dos conflitos apresentados. Sem embargo, não se pode deixar de registrar que a maioria desses conflitos não desafiava um grau de complexidade relevante a ponto de descortinar a insubsistência da tutela então assegurada, em conta das demandas de uma sociedade marcada ainda por valores agrários ou, via de regra, por costumes muito simples.¹⁶

Esses “empréstimos” de conseqüências jurídicas foram relevantes até que o direito a ser deixado em paz começasse a ser tutelado diretamente. Assim, os direitos fundamentais individuais de primeira geração através da inviolabilidade da pessoa, da inviolabilidade da casa e da inviolabilidade das correspondências foram importantes para a proteção dos bens intimidade e vida privada.¹⁷

¹⁶ 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*, p. 33.

¹⁷ SAMPAIO, J. A. L. Obra citada, p. 34-38.

O direito de propriedade, por sua vez, através da doutrina romana que assegurava a propriedade como absoluta, concedia ao *dominus* inúmeras e amplas faculdades¹⁸, sendo uma delas importante à intimidade e à vida privada, já que o *dominus* podia “em seus limites (da propriedade), desenvolver uma vida secreta, distante da curiosidade alheia”.¹⁹

Ainda, a partir da estrutura jurídica derivada do direito de propriedade material, surgiram direitos de propriedade em âmbito imaterial, como o direito de autor e o direito à imagem, protegendo a inviolabilidade do domicílio, o direito autoral e o direito à imagem.²⁰

Outro direito que emprestava a sua tutela ao direito à intimidade e à vida privada, para alguns autores estudados por SAMPAIO, é o direito à honra. Esses doutrinadores observam, no ano de 1789, um caso jurisprudencial, de *Archange Roi*, em Montreal, em que “a ‘honra’ teria sido atingida a partir de intrusões na vida privada da pessoa, com a revelação de seus segredos ocultos”.²¹

Por fim, o Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da PUC-MG aborda a importância da tutela da intimidade e da vida privada através dos reflexos jurídicos da aplicação dos direitos da personalidade.

Sobre os debates acerca da existência destes direitos, cremos que foram os mais acalorados e profundos da Europa continental no final do século XIX e no começo do século XX, em especial na Alemanha.

Infelizmente, a positivação dos direitos da personalidade aconteceu muito vagarosamente, por exemplo, com exceção ao direito ao próprio nome no § 12, esses

¹⁸ Importante pontuarmos que, apesar de existir alguns pontos de contato entre a propriedade romana e a propriedade moderna (como a característica individualista e a concepção analítica), a constante ligação e correspondência entre ambas foi criada para conceder legitimidade a um tratamento jurídico diferenciado da apropriação de bens do período feudal. A busca das raízes do moderno conceito de propriedade liberal-individualista no direito romano não é o melhor entendimento, porém foi importante para fixar o moderno conceito e auxiliar a sua aceitação jurídica. A visão moderna da propriedade como um direito subjetivo oponível *erga omnes* não existia na Roma antiga. Dessa forma, quando SAMPAIO assevera sobre a importância do direito de propriedade na proteção indireta da intimidade e da vida privada, apesar de mostrar a relevância da construção jurídica para esta tutela, não faz o necessário comentário sobre o caráter moderno do nosso conceito de propriedade. Sobre a emergência do conceito moderno de propriedade e seus contornos ver CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*, p. 92-103.

¹⁹ SAMPAIO, J. A. L. Obra citada, p. 38.

²⁰ SAMPAIO, J. A. L. Idem, p. 39-47.

²¹ SAMPAIO, J. A. L. Idem, p. 48.

direitos não foram acolhidos pelo BGB na Alemanha, país no qual ocorreram os grandes debates sobre suas origens, existência e estrutura jurídica.²²

Mesmo assim, além da tutela indireta que certos direitos da personalidade – ainda não positivados, porém aceitos pela jurisprudência – concederam à vida privada e à intimidade, os direitos da personalidade foram importantes para a formação autônoma do direito à intimidade e à vida privada. Dessa forma, concordamos com a opinião de SAMPAIO quando este afirma que:

De qualquer modo, não se pode deixar de registrar que foi somente no século passado (XIX) que o debate jurídico em torno do direito de personalidade ganhou maior relevo e, se não lhe marcou a origem, pelo menos deixou sólidas as bases de sua formulação científica.

Aliás, foi esse fértil e longo debate doutrinário travado, que contribuiu sobremaneira para formação e individualização do direito à intimidade e à vida privada como poderemos ver sucintamente a seguir.²³

A grande relevância dos direitos da personalidade, para o direito à intimidade e à vida privada, é a forma autônoma como – diferente dos outros institutos clássicos vistos até agora – tutelam a personalidade humana inviolável.

Através da influência desse novo instituto jurídico no direito à intimidade e à vida privada, cunha-se a fórmula do direito a ser deixado em paz, a qual é trabalhada por meio da obra de David Augusto RÖDER na Alemanha, pelo *affaire Rachel Felix contra O'Connel* na França e, por fim, pelo famoso artigo publicado na *Harvard Law Review* nos Estados Unidos, intitulado "*Right to Privacy*" e escrito por Samuel Dennis WARREN e Louis Dembitz BRANDEIS.²⁴

Após uma necessária análise dos institutos que serviram de base para a tutela indireta do direito à intimidade e à vida privada e que colaboraram para a formação

²² Somente com a legislação extravagante outros direitos da personalidade foram tutelados. Por exemplo, o direito à própria imagem foi tutelado pela Lei de Proteção Artística, na Alemanha, em 09.01.1907, nos §§ 22 e ss. Esses dispositivos proibiam a divulgação e a exibição de imagens das pessoas sem o seu consentimento. No BGB, ainda, havia proteção às outras emanações da personalidade no § 826, desde que fundadas em atentados contra os bons costumes. No § 823, alínea 2, existia a tutela indireta aos direitos da personalidade através do pagamento de indenização pelos danos causados pela infração a um direito que protegesse outra pessoa. Sobre os direitos da personalidade no BGB e no ordenamento jurídico alemão ver SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 45-49.

²³ SAMPAIO, J. A. L. Obra citada, p. 49-50.

²⁴ SAMPAIO, J. A. L. Idem, p. 54-61.

autônoma desse direito, abordaremos o conteúdo contemporâneo do direito à intimidade e à vida privada para SAMPAIO.

O referido autor pensa “que não podemos sucumbir à gravidade de um conceito assaz volátil e dinâmico, sob o falso argumento da sua imprecisão e madureza (...)”²⁵, apesar das dificuldades advindas dos fatores culturais e sociais interferentes na construção de um conceito universal do direito à intimidade e à vida privada.

Sendo assim, através de regras hermenêuticas de clarificação conceitual e normativa, acredita que o direito à intimidade e à vida privada apresenta-se como um direito à liberdade, sendo que a estrutura jurídica – de acordo com a doutrina de ALEXY, a qual é adotada por SAMPAIO -:

(...) do objeto “liberdade” pode, à guisa de melhor elucidar o direito, ser vista como: “presente o suporte fático ‘S’ e não havendo proibição por uma norma jurídica formal e materialmente constitucional, então ocorrerá a consequência iusfundamental C: S e não R, então C”.²⁶

Sendo o suporte fático, substancialmente, um fazer ou não fazer permitido ou não proibido juridicamente de acordo com os princípios da legalidade (art. 5º, II, CF), da inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º, caput, CF) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CF), além das manifestações concretas desta por meio da manifestação de pensamento (art. 5º, IV, CF), inviolabilidade da liberdade de consciência e da crença (art. 5º, VI, CF), da intimidade e vida privada, honra e imagem (art. 5º, X, CF), dentre outras.²⁷

Por meio dessa construção, crê que a referida análise, ao unir o conteúdo geral do direito à liberdade com o conteúdo principiológico, pode caminhar para construções adequadas sobre o direito à intimidade e à vida privada.

Em relação aos termos intimidade e vida privada, pensa que - apesar de no Brasil, assim como nos países de língua espanhola, ambos os termos serem usados indistintamente -, através da análise do direito comparado e da etimologia das palavras, a intimidade é um extrato mais restrito da vida privada.

²⁵ SAMPAIO, J. A. L. Obra citada, p. 262.

²⁶ SAMPAIO, J. A. L. Idem, p. 265.

²⁷ SAMPAIO, J. A. L. Idem, ibidem.

Assim sendo, o direito à vida privada seria composto pela liberdade sexual, pela liberdade da vida familiar e pela intimidade, além de outros aspectos de intersecção com outros bens ou atributos da personalidade.²⁸

Já o conceito de intimidade “cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais, enfim, de uma ‘autodeterminação informativa’ ou ‘informacional’”.²⁹

O argentino Ricardo Luis LORENZETTI, por sua vez, ao tratar da intimidade através da teoria das esferas, concebendo as esferas íntima, privada e social, compreende que intimidade e vida privada são sinônimas.³⁰ Conceitua a intimidade ou a vida privada como “uma esfera íntima da pessoa, na qual a conduta do sujeito ou sua família não influencia sobre os demais e os demais podem influenciar sobre ela”.³¹

Sendo assim, o conteúdo desse direito seria a reserva dos atos e dados pessoais e familiares (principalmente os sentimentos, a conduta sexual, a saúde, os defeitos físicos, as crenças e as idéias políticas); o segredo da correspondência e os papéis privados; a inviolabilidade do domicílio; e a interceptação de conversas.³²

Importante observamos que os diversos significados que cada doutrinador concede aos termos intimidade e vida privada altera substancialmente a tutela que o direito à intimidade e à vida privada presta às situações fáticas. Para demonstrar isso, a partir dos conceitos de intimidade e de vida privada de SAMPAIO e de LORENZETTI, evidenciaremos as diferenças substanciais, nesses dois autores, da análise sobre a possibilidade de matrimônio entre pessoas do mesmo sexo.

LORENZETTI, devido ao seu conceito, apesar de considerar importante a reserva de atos pessoais como a conduta sexual, crê que o caso de matrimônio entre pessoas de um mesmo sexo não é permitido pelo sistema jurídico. Argumenta que o ato de matrimônio tem repercussões sobre os demais, pois “o cônjuge tem direitos concedidos pelo legislador: pensões, privilégios trabalhistas, auxílios familiares, proteção da moradia e muitos mais”.³³

²⁸ SAMPAIO, J. A. L. Obra citada, p. 277-359.

²⁹ SAMPAIO, J. A. L. Idem, p. 351.

³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, p. 492.

³¹ LORENZETTI, R. L. Obra citada, p. 492.

³² LORENZETTI, R. L. Idem, p. 493.

³³ LORENZETTI, R. L. Idem, p. 499.

Sendo assim, pela conduta influenciar os demais, é lícito que estes, através do Estado, promovam coletivamente certos bens e outros não. É, dessa forma, legítimo que o Estado decida que “a promoção (do matrimônio) é para pessoas de diferente sexo que se unem”.³⁴

De outro lado, SAMPAIO, devido “à crueza literal” dos parágrafos do artigo 226, pensa que a união estável e o casamento somente são facultados ao casal formado pelo homem e pela mulher. No entanto, aponta que “somente uma construção hermenêutica muito sólida, fincada sobretudo do direito de igualdade, de intimidade e da vida privada poderá vencer a crueza literal das disposições do Texto Constitucional”.

³⁵

Por fim, para encermos o estudo da dogmática jurídica do direito à intimidade e à vida privada neste capítulo introdutório, abordaremos as construções do Professor português Paulo MOTA PINTO, no artigo “O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, publicado no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Ao contrário de SILVA, Paulo MOTA PINTO assevera que o instituto da *privacy* é impreciso e sem qualquer tipo de coesão devido à:

(...) dificuldade de definição de um conceito que, por ser necessariamente indeterminado, acaba por se revelar impreciso, como um verdadeiro “conceito elástico”. E isto é assim no plano mesmo que aqui nos interessa: o da relevância jurídica da “privacidade”. Se é verdade que se empreenderam tentativas de definição filosófica, política, sociológica ou psicológica da “privacy”, não parece que se tenha logrado extremar o conceito com o mínimo de precisão indispensável para ele poder servir de base a um regime jurídico coeso.³⁶

Portanto, este autor procura aproximar o conceito de *privacy* da noção de controle da informação pessoal, excluindo do seu conceito a liberdade da vida privada, a reputação e o bom nome e a livre fruição de atributos pessoais.³⁷

³⁴ LORENZETTI, R. L. Obra citada, p. 500.

³⁵ SAMPAIO, J. A. L. Obra citada, p. 323.

³⁶ MOTA PINTO, Paulo. O Direito à Reserva sobre a intimidade da vida privada. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXIX, p. 505.

³⁷ MOTA PINTO, P. Obra citada, p. 505.

Reconhece, porém, que definir positivamente o conceito de *privacy* é difícil, mas através dos trabalhos de Raymond WACKS e Ruth GAVINSON, define a infra-estrutura teleológica da *privacy* por meio da contraposição:

(...) de um lado, o interesse do indivíduo na sua privacidade, isto é, em subtrair-se à atenção dos outros, em impedir o acesso a si próprio ou em obstar à tomada de conhecimento ou à divulgação de informação pessoal (interesses estes que, resumindo, poderíamos dizer serem os interesses em evitar a intromissão dos outros na esfera privada e em impedir a revelação de informação pertencente a essa esfera); de outro lado, fundamentalmente o interessa em conhecer e em divulgar a informação conhecida, além do mais raro interesse em ter acesso ou controlar os movimentos do indivíduo – interesses esses que ganharão maior peso se forem também interesses públicos.³⁸

Segundo Paulo MOTA PINTO, na ponderação de bens envolvidos, o jurista não pode esquecer da importância da privacidade como um valor em si, assim como um instrumento para a realização de outros bens (suas funções). Esse direito cria um espaço necessário para a realização de atividades essenciais ao ser humano, desde o desenvolvimento da sua individualidade às relações de confiança, amor, amizade.

A privacidade propicia, ainda, o relaxamento e os espaços para a auto-avaliação do indivíduo; promove a liberdade de ação e autonomia; faculta a criação de comunicações limitadas e protegidas etc.³⁹ Essas funções da privacidade ligam-na à dignidade da pessoa humana.⁴⁰

O problema da privacidade e, também, sua solução “são dominados por uma tensão de base entre o social e o individual, tensão, segundo se diz, muito em evidência nos tempos que correm”.⁴¹ Paulo MOTA PINTO não acredita que seja um exagero asseverar que a dialética entre as dimensões sociais e individuais do homem seja “o problema mesmo da justiça”.⁴²

É essa tensão entre o social e o individual que nos interessa no direito à intimidade e à vida privada, sendo um dos objetos de análise do segundo capítulo desta

³⁸ MOTA PINTO, P. Obra citada, p. 508-509.

³⁹ MOTA PINTO, P. Idem, p. 509.

⁴⁰ MOTA PINTO, P. Idem, p. 509-510.

⁴¹ MOTA PINTO, P. Idem, p. 510.

⁴² MOTA PINTO, P. Idem, ibidem.

monografia. Antes do estudo dessa questão, devemos desenvolver a dogmática da liberdade de informação.

O exercício contemporâneo do direito à informação aponta, através do desvio de função de institutos jurídicos de defesa do Estado Democrático de Direito (liberdade de informação como manifestação exterior da liberdade de pensamento), a realização de interesses particulares travestidos de sociais, além da invasão injustificada da vida privada e íntima.

1.2 Direito à Informação

A definição do direito (liberdade) à informação, por sua vez, em linhas gerais, é menos controversa do que a do direito à intimidade e à vida privada, tendo como objetivo “a integridade moral do ser humano, é uma liberdade democrática, destinada a permitir uma adequada, autônoma e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública”.⁴³

No artigo 10 da Declaração Francesa de 1789, deparamo-nos com a descrição da liberdade de opinião, assim como a da livre comunicação das idéias e das opiniões no seu artigo 11. A Declaração Universal dos Direitos do Homem também contempla esse direito no artigo 19: “Todo o indivíduo tem o direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão”.

No plano internacional, o direito à informação encontrase contido, ainda, em inúmeros textos internacionais como no artigo 19 do Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Cívicos e Políticos, no artigo 15 da Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, no artigo 11 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no artigo 9º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981.

No direito brasileiro, destacamos a presença do direito à informação no artigo 5º, IV, V, VI, VIII, IX, XII e XIV, assim como nos artigos 220 a 224 da Constituição da

⁴³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 241.

República Federativa do Brasil. Por fim, acerca da posituação deste direito, devemos pontuar que foi tratado no artigo 1º da Lei de Imprensa, mesmo diploma legislativo que pela primeira vez positivou explicitamente o direito à intimidade e à vida privada.

O Professor José Afonso da SILVA, utilizando o conceito de Sampaio DÓRIA, começa a tratar o direito à informação através da liberdade de pensamento que “é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou que for”.⁴⁴

Esse direito constitui-se numa liberdade de conteúdo intelectual e pressupõe o contato com outros seres humanos, a fim de compartilhar suas crenças, conhecimentos, concepção de mundo, opiniões políticas e religiosas.⁴⁵ Sendo assim, a principal função desse direito é a tutela da exteriorização do pensamento em sentido mais amplo possível.

Pela obra de Pimenta BUENO, SILVA mostra-nos que possuir determinada crença ou opinião não é “um problema maior” desde que não seja manifestada expressamente. Como o homem é, por natureza, um ente social, não vivendo concentrado dentro de si mesmo, possui a necessidade de expressar suas opiniões, pensamentos e conhecimentos.⁴⁶

A liberdade de opinião, por sua vez, como uma liberdade primária e ponto de partida de outras que são corolários da liberdade de pensamento, é “a liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro”.⁴⁷

A Constituição da República Federativa Brasileira consagra a liberdade de opinião nas duas formas. Protege tanto o pensamento íntimo por meio da liberdade de consciência e crença (art. 5º, VI) como a liberdade de pensar e dizer o que se crê pela tutela da manifestação sobre a crença religiosa e sobre a convicção filosófica ou política (art. 5º, VII).

⁴⁴ SILVA, J. A. da. Obra citada, p. 240.

⁴⁵ SILVA, J. A. da. Idem, ibidem.

⁴⁶ SILVA, J. A. da. Idem, ibidem.

⁴⁷ SILVA, J. A. da. Idem, ibidem.

Em seu “Manual de Direito Constitucional Positivo”, SILVA concede especial relevo às formas de expressão da liberdade de opinião, as quais se exteriorizam “pelo exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento”.⁴⁸

Sobre os aspectos externos da liberdade de opinião, SILVA começa a tratá-los pela liberdade de comunicação, que consiste “num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”.⁴⁹

Esse direito é tutelado pelo artigo 5º, incisos IV, V, IX, XII e XIV combinado com os artigos 220 a 224 da CF. Assim, a liberdade de comunicação compreende a criação, a expressão e a manifestação do pensamento e de informação, além da organização dos meios de comunicação.

A liberdade de manifestação do pensamento, contida na liberdade de comunicação, protege a exteriorização do pensamento entre interlocutores presentes e ausentes, além de facultar a sua não manifestação, recolhendo o pensamento à esfera íntima. Por fim, a liberdade de manifestação supõe, como um ônus necessário ao manifestante de certa opinião, a sua identificação para que possa assumir eventuais danos causados a terceiros.⁵⁰

Sobre a liberdade de informação em geral, a qual é, também, um corolário da liberdade de comunicação, assevera que existe tanto a liberdade de informação quanto o direito à informação. Em relação a este direito, acredita que não é um direito pessoal ou profissional, e sim coletivo.

O Professor José Afonso da SILVA, pelo conceito de Freitas NOBRE, designa como informação “o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob formas apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimento, idéias ou opiniões”.⁵¹ Sendo assim, a informação juridicamente indicaria o direito de informar e o de ser informado.

⁴⁸ SILVA, J. A. da. Obra citada, p. 242.

⁴⁹ SILVA, J. A. da. Idem, ibidem.

⁵⁰ SILVA, J. A. da. Idem, p. 243-244.

⁵¹ SILVA, J. A. da. Idem, p. 244.

Encerramos a exposição do Professor José Afonso da SILVA com um ponto importante do seu pensamento, o qual nos permite debater as funções essenciais da liberdade de informação com outros doutrinadores. O referido ponto consiste na importância que assume a liberdade de informação jornalística.

Com a superação da sua velha concepção, a liberdade de informação jornalística deposita na imprensa, conforme observação de Karl MARX reproduzida por SILVA, “o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas”.⁵²

Sendo assim, a liberdade de informação não pode ser vista apenas como a liberdade que possuem os donos dos veículos de jornalismo, já que esses só possuem proteção “na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial”.⁵³ Dessa forma, antes de um direito fundamental, os proprietários possuem um dever, o qual, acreditamos, não é adimplido pelo exercício da imprensa contemporânea, frustrando as expectativas de MARX.

A função da liberdade de pensamento, especialmente através da liberdade de informação jornalística, sofre grandes distorções. Rosane Heineck SCHMITT, no seu artigo “Direito à Informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade”, afirma que “o exercício do direito à informação, em especial de uma de suas espécies – a liberdade de imprensa – tem dado origem a inúmeros questionamentos (...)”.⁵⁴

A liberdade de informação parece-nos que, na maioria das vezes, tornou-se um veículo de invasão constante e sistemática ao direito à intimidade e à vida privada, esquecendo-se que, em verdade, sua função é a de corolário da liberdade de pensamento.

Creemos ser importante lembrarmos de alguns fatos notórios, apontados por SCHMITT, que demonstram o desvio da liberdade de informação:

Os exemplos de invasão indevida de privacidade de personalidades *públicas* são freqüentes, citando-se no Brasil exemplificativamente, a

⁵² SILVA, J. A. da. Obra citada, p. 245.

⁵³ SILVA, J. A. da. Idem, p. 246.

⁵⁴ SCHMITT, Rosane Heineck. Direito à informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, p. 211.

ação, acolhida, de perdas e danos proposta por Xuxa contra Walter Hugo Khouri por exibir em um de seus filmes cenas da artista despida feitas no início de sua carreira; no exterior, exemplo típico do abuso de imprensa ocorreu com o presidente François Mitterrand, que teve uma filha de uma relação extraconjugal noticiada pela Paris Match (...).⁵⁵

O famoso artigo “*The Right to Privacy*”, de Samuel WARREN e Louis BRANDEIS, o qual procurou construir autonomamente o direito à intimidade e à vida privada, surgiu, devemos recordar, como uma resposta às constantes intervenções na esfera íntima por parte da imprensa. Importante frisarmos que os autores são grandes defensores da genuína liberdade de informação, considerando a publicidade de certos acontecimentos como uma exigência do princípio democrático.⁵⁶

No entanto, esse artigo escrito em 1890, como observa Benigno PENDÁS, dotado, ainda, de uma extrema atualidade, já apontava para os efeitos nocivos da invasão e da publicação da intimidade e da vida privada. Como bem assevera PENDÁS, além de afetar os indivíduos vítimas da violação à sua intimidade e à sua vida privada:

Lo peor de todo es que (como explica Julián MARÍAS, con su habitual brillantez) ello produce una perversión lamentable en la percepción social acerca de la ‘importancia’ de los problemas. Por eso, las sociedades desarrolladas ofrecen con frecuencia una imagen de lucha entre macrocorporaciones que se disputan el poder económico (y, a su amparo, el social y hasta el político) ante la mirada absorta de un público cretinizado por las trivialidades que algunos medios de comunicación le exhiben como noticias.⁵⁷

Sendo assim, a forma como a imprensa desenvolve seus trabalhos fê-la a maior violadora da intimidade e da vida privada. Ademais, tornou-a um dos maiores instrumentos opressores do nosso tempo, não servindo, em diversas oportunidades, como controle popular contra as ingerências dos poderes econômico e político.

⁵⁵ SCHMITT, R. H. In: I. W. Sarlet. Obra citada, p. 223.

⁵⁶ PENDÁS, Benigno. Introdução. In: Samuel Warren; Louis Brandeis. *El derecho a la intimidad*, p. 9.

⁵⁷ PENDÁS, B. In: S. Warren; L. Brandeis. Obra citada, p. 12.

Enfrentamos, então, um problema jurídico de relevo, já que o exercício de um direito fundamental, liberdade de informação jornalística, é responsável pela violação de outros direitos fundamentais, como a intimidade e a vida privada, dificultando, também, a efetivação do Estado Democrático de Direito. A intensidade do conflito entre esses dois direitos é tamanha que o importante tema da colisão de direitos fundamentais quase sempre se retorne a eles.

No livro “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, o Professor português J.J. Gomes CANOTILHO considera uma colisão autêntica de direitos fundamentais “quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”.⁵⁸ Há, ainda, a colisão de direitos em sentido impróprio “quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos”.⁵⁹

Pela importância que este livro exerce no direito brasileiro, sendo reconhecido como uma das melhores obras contemporâneas de Direito Constitucional, devemos recordar os exemplos de colisão entre direitos fornecidos pelo autor:

2. Exemplos

a) Colisão entre direitos

São possíveis casos de colisão imediata entre os titulares de vários direitos fundamentais. Assim, por exemplo, a liberdade interna de imprensa (art. 38.º/2.º, que implica a liberdade de expressão e criação dos jornalistas, bem como a sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação (cfr. art. cit.), pode considerar-se em colisão com o direito de propriedade das empresas jornalísticas; a liberdade de criação intelectual e artística (art. 42.º/1.º) é susceptível de colidir com outros direitos pessoais como o direito ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida familiar (art. 26.º).

b) Colisão entre direitos e bens jurídicos

(...).⁶⁰

Como observamos acima, todos os exemplos envolvem a liberdade de pensamento e a liberdade de informação jornalística. Parece-nos claro que esse

⁵⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1253.

⁵⁹ CANOTILHO, J.J. G. *Idem*, *ibidem*.

⁶⁰ CANOTILHO, J.J. G. *Idem*, p. 1254.

questão de dogmática constitucional reflete os problemas causados por meio das atividades desenvolvidas pelas empresas jornalísticas contemporâneas, as quais não cumprem seu papel de controle dos poderes político e econômico, e sim buscam a invasão da intimidade e da vida privada de políticos, de famosos e, até, de pessoas normais.

Além de a imprensa ser uma violadora constante da intimidade e da vida privada, parte da doutrina crê que, no direito brasileiro, não é possível nem exigir o direito a ser informado das empresas jornalísticas, pois este é oponível apenas contra o Estado.

Esse é o entendimento dos Professores ARAUJO e NUNES JÚNIOR, os quais nos relembram que, se investimos alguém no direito de receber informação, devemos conferir a outrem o dever de prestá-la. Sobre o sujeito passivo desse direito, “a Constituição Federal foi terminante ao atribuir exclusivamente ao Poder Público (arts. 5º, XXXII, e 37, *caput*) o dever de informar”.⁶¹

Felizmente, a melhor doutrina não é conivente com essa construção jurídica. Transcrevemos o posicionamento contundente da Professora SCHMITT:

Assim, se a liberdade de atuação dos meios de comunicação é assegurada pela mais ampla liberdade de expressão, de informação, só restrita nos raros casos previstos pelo próprio texto constitucional, parece-nos que, à evidência, também tem a imprensa o dever, não a faculdade, de manter a sociedade plenamente informada, na medida em que o acesso à informação é direito fundamental também assegurado à pessoa humana pela Constituição.⁶²

O mesmo posicionamento é adotado pelo Professor SILVA, pois considera os jornalistas e as empresas jornalísticas um poderoso instrumento de formação de opinião pública, devendo cumprir a sua função social. Crê que os “jornalistas e empresas jornalísticas reclamam mais seu direito do que cumprem seus deveres”⁶³, sendo que estes consistem em informar a coletividade sobre fatos ou idéias,

⁶¹ ARAUJO, L. A. D.; NUNES JR, V. S. Obra citada, p. 98.

⁶² SCHMITT, R. H. In: I. W. SARLET. Obra citada, p. 220.

⁶³ SILVA, J. A. da. Obra citada, p. 246.

objetivamente, “sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação”.⁶⁴

Ainda, o Professor Celso LAFER, na obra “A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt”, assevera que:

O direito à informação, como se vê pela leitura do texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, está ligado à liberdade de opinião e de expressão. (...) Ambas, enquanto expressões do *sapere aude* kantiano, pressupõem uma informação exata e honesta como condição para o uso público da própria razão, que enseja a ilustração e a maioria dos homens. É por essa razão que a democracia, por obra do legado kantiano, tem como uma das suas notas constitutivas o princípio da publicidade e o da transparência na esfera do público.⁶⁵

Ao percorrermos a dogmática do direito à informação, observamos que, contemporaneamente, esse direito não cumpre o seu papel de promotor da democracia popular. Pelo contrário, a atividade jornalística em muitos momentos pauta-se na divulgação da intimidade e da vida privada, desvirtuando o seu papel e atrapalhando a vivência democrática, deixando, assim, de tutelar interesses públicos. Por outro lado, passa a atender à imensa voracidade popular por intrigas e fofocas sobre a vida pública e íntima de famosos e pessoas comuns.

Ao assim proceder, corrói a importante esfera da intimidade e aliena a população. Dessa forma, não conseguimos ver um autêntico conflito entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação – o qual até pode existir se um for tido como elemento da democracia e outro como proteção do desenvolvimento da subjetividade humana - como o primeiro representando interesses públicos e o outro, interesses privados.

Vislumbramos, em verdade, que a função pública da informação foi cooptada pelos interesses privados tidos como sociais, sendo que o mesmo ocorreu com os valores intimidade e vida privada. Os subsídios para compreendermos essa questão serão trabalhados no próximo capítulo (capítulo 2), por meio da análise do público e do

⁶⁴ SILVA, J. A. da. Obra citada, p. 246.

⁶⁵ LAFER, C. Obra citada, p. 241.

privado na teoria da filósofa Hannah ARENDT, principalmente no seu livro “A Condição Humana”.

2. O Público, o Privado e o Social no Pensamento de Hannah Arendt

2.1. O Público e o Privado

A separação entre a esfera da vida pública e a da vida privada corresponde à existência de uma esfera da família e do lar distinta de uma da política desde, pelo menos, a criação da cidade-estado grega no século V a.C.

A manutenção da vida, satisfação das necessidades humanas decorrentes do caráter natural de espécie, acontecia na esfera privada, já as atividades pertinentes ao mundo comum – sendo este os bens materiais e imateriais criados pelos humanos com pretensão de permanência – desenvolviam-se na esfera pública.⁶⁶

A constituição da cidade-estado – onde a esfera pública era o mundo privilegiado de desenvolvimento das qualidades humanas –, provavelmente, apenas foi possível por meio da superação da importância concedida à esfera privada. Como as necessidades humanas elementares, por exemplo, a alimentação e a procriação, são as primeiras formas de reunirem e organizarem a espécie humana, cremos ser correto o pensamento de ARENDT que vê, na perda de importância dos assuntos privados (necessidades), a condição de possibilidade para a instauração da esfera pública.

No entanto, em relação à relevância dos assuntos privados, a santidade do lar⁶⁷ – esta com mais ênfase na Roma do que na Grécia antiga – e as questões privadas relevantes jamais foram inteiramente esquecidas.

A propriedade privada, um dos maiores interesses tutelados contemporaneamente, não era protegida na forma e pelas razões modernas, ou seja, como um direito aos moldes das teorias de HOBBS, LOCKE e KANT.⁶⁸ A tutela da propriedade privada, em verdade, pautava-se na proteção à condição de possibilidade

⁶⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 37.

⁶⁷ ARENDT, H. Obra citada, p. 37-38.

⁶⁸ Através das teorizações desses pensadores e do liberalismo, todos os interesses do indivíduo são articulados por meio da categoria da propriedade. Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a propriedade foi conceituada como um direito inviolável e sagrado, sendo o mais importante dos direitos naturais, tornado-se pressuposto de todos os outros. A grande diferença entre a propriedade moderna e a da Grécia antiga encontra-se em que, apesar de a propriedade ser importante em ambos os momentos, a primeira é uma expressão jurídica da liberdade humana, já a outra é vista como uma condição exigida, dentre outras, para o ser humano ascender da vida pré-política (vida privada) para o espaço da liberdade (mundo público). Sobre as concepções de propriedade e liberdade liberais ver CORTIANO JR, E. Obra citada, p. 91-96 e sobre o papel da propriedade na Grécia e Roma antigas ver ARENDT, H. Obra citada, p. 68-78.

de um membro da espécie humana vir a ser tratado como um cidadão na esfera pública e, assim, participar dos negócios públicos.

Somente se o homem grego tivesse suas necessidades pré-políticas saciadas, o que implicava ser um chefe de família com uma quantidade razoável de bens, poderia participar da esfera pública e do mundo comum. Caso contrário, deveria desenvolver a totalidade de suas atividades na esfera familiar, condenado a uma vida prépolítica.

Nessa vida, os homens são compelidos a viverem juntos por necessidades e carências relativas à sobrevivência individual decorrentes das limitações da espécie humana, sendo impossível o desenvolvimento das qualidades mais elevadas do ser humano.

Sobre a comunidade do lar, responsável por saciar as carências imediatas, importante notarmos que havia uma clara divisão de papéis entre homens e mulheres, os primeiros eram responsáveis pela manutenção da vida individual, já a reprodução da espécie competia às mulheres.⁶⁹

Por outro lado, a esfera da liberdade – a que subentendia a superação das necessidades típicas da espécie humana – corresponde à vida na *polis*. A política não era apenas um meio de proteger a sociedade e de buscar o desenvolvimento econômico dela – como observamos no atual pensamento político moderno – e sim a forma pela qual os iguais, aqueles que viviam na *polis* pela política, gozavam de sua liberdade.

A liberdade, por sua vez, desenvolvia-se com a ação e o discurso, superando a vida familiar pautada na força e na violência. Na política, não existia qualquer razão para o emprego da força e da violência, já que a forma de viver no mundo comum era somente válida por meio do agir discursivo.

A política construía os destinos da *polis* pela persuasão discursiva de seus membros, jamais pela força e pela violência, as quais eram relativas à vida privada, isto é, decorrentes das relações da espécie humana que ocorriam entre membros plenamente desiguais.

Devemos atentar para o fato de que a desigualdade material entre membros da espécie humana, típica das relações privadas, era justificada na medida em que

⁶⁹ ARENDT, H. Obra citada, p. 39-40.

permitia ao cidadão saciar suas necessidades e, apenas então, participar da vida pública.⁷⁰

Por meio desse pensamento antigo, a escravidão era vista como o emprego “natural” da violência por uns sobre outros, a fim de que os primeiros possam libertar-se das necessidades humanas pré-políticas. Ao libertarem-se das necessidades, os homens encontravam-se em ventura, estado objetivo de riqueza e saúde, que os permitiam participar do mundo comum e, por consequência, da construção deste mundo pela persuasão dos demais através do seu agir discursivo.⁷¹

Sendo assim, ser pobre ou doente representava estar sujeito às necessidades físicas. Além dessa sujeição, o escravo encontrava-se sujeito à violência. Logo, ambos não eram aptos à vida no mundo comum. Sobre a escravidão, apesar dessa dupla infelicidade, não era raro o escravo gozar de um bem-estar de fato em sua família.

No entanto, os homens livres pobres, ainda que expostos a todo tipo de infortúnio, preferiam a insegurança diária do mercado de trabalho à segurança que gozavam os escravos, pois estes não possuíam a liberdade de fazer o que bem entendessem e, dificilmente, ascenderiam à condição de cidadãos.⁷²

A vida entre iguais, característica da *polis*, necessitava da completa desigualdade que ocorria na esfera do lar para os cidadãos viverem a liberdade na esfera pública. Sem a submissão de muitos, a igualdade de poucos não seria possível. A igualdade dos cidadãos gregos pautava-se na ausência de submissão à autoridade de outrem, porém, ao mesmo tempo, era entendida como impossibilidade de comandar/dominar os seus pares.

Essa forma de igualdade política antiga é muito diversa da atual, já que era vivida somente entre seus pares – os cidadãos gregos (seres humanos do sexo masculino, ricos, livres, não-estrangeiros e chefes de família) – e necessitava de uma desigualdade pré-política a ser exercida sobre a maioria da população.⁷³ Assim, esse conceito de igualdade não possui relação com a nossa pré-compreensão contemporânea do termo justiça, a qual é inerente ao termo igualdade.

⁷⁰ ARENDT, H. Obra citada, p. 40.

⁷¹ ARENDT, H. Idem, Ibidem.

⁷² ARENDT, H. Idem, p. 40-41.

⁷³ ARENDT, H. Idem, p. 42.

Após essa breve, porém importante contextualização histórica, a qual mostra o surgimento das esferas pública e privada, ARENDT concede ao termo público dois significados diversos e correlatos.⁷⁴

O primeiro significado diz respeito ao acesso às informações públicas, que podem ser vistas e ouvidas por todos, tendo, dessa forma, a maior divulgação possível. Esse conceito do termo público envolve a questão filosófica sobre a ontologia das coisas e dos seres. Para ARENDT, a aparência constitui a realidade, algo é real desde que seja visto e escutado pelo público.⁷⁵ Sobre esse significado do termo público, a opinião do Professor Celso LAFER é esclarecedora:

(...) público é aquilo que é aberto ao conhecimento de todos, por contraposição ao privado, que é restrito a poucas pessoas e que, no limite, se configura como secreto. Nesta segunda acepção, o público tem muito a ver com a democracia, entendida, como observa Bobbio, desde a experiência grega, como sendo o governo do poder público, exercido em público.⁷⁶

O segundo significado versa sobre o mundo comum, sendo este “comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele”.⁷⁷ O mundo comum não coincide com o planeta terra, ou seja, espaço para movimento e condição geral de vida orgânica, e sim “tem haver com o artefato humano, com o produto das mãos humanas, com os negócios realizados entre os que, juntos, habitam o mundo feito pelo homem”.⁷⁸

O mundo comum não é erigido somente por uma geração e planejado no tempo de uma vida humana. Em verdade, possui uma pretensão de durabilidade e permanência, sendo assim é temporalmente superior à existência individual dos homens. Por meio do mundo comum, os homens ligam-se entre si e, ao mesmo tempo, separam-se da natureza. Segundo LAFER, o habitat humano (mundo comum) de ARENDT é:

(...) composto por objetos que são coletivos e, por isso, públicos, porque existem independentemente dos indivíduos, mas são por eles vistos e

⁷⁴ ARENDT, H. Obra citada, p. 59.

⁷⁵ ARENDT, H. Idem, p. 59-60.

⁷⁶ LAFER, C. Obra citada, p. 243.

⁷⁷ ARENDT, H. Obra citada, p. 62.

⁷⁸ ARENDT, H. Idem, ibidem.

percebidos conjuntamente, quer sejam materiais - como cidades ou monumentos - quer sejam imateriais - como leis e instituições sociais.⁷⁹

A complementaridade desses dois conceitos do termo público é nítida quando observamos que o mundo comum, o qual deve superar a existência individual dos seres humanos, necessita de um conjunto de normas para perpetuá-lo e caracterizá-lo⁸⁰, sendo a adequação dos agentes políticos avaliada pelas informações públicas.

Já o conceito de privado para o indivíduo, na obra de ARENDT, significa:

(...) ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação “objetiva” com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se dele mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida.⁸¹

O privado constitui-se num estado de “privação da privatividade”, a qual consiste na ausência de outros, pois, para estes - os iguais, isto é, participantes da política e construtores do mundo público –, aquele que vive uma vida inteiramente privada é um desconhecido, inexistente. As ações do homem privado não possuem relevância pública ou consequência para os outros, além de que “o que tem importância para ele é desprovido de interesse para os outros”.⁸²

Por fim, como nos lembra LAFER, a palavra grega *idion* representa aquilo que é próprio, pessoal, privativo, ou seja, o privado. De *idios* além de derivar idiosincrasia e idioma, deriva, ainda, a palavra idiota. Por sua vez, o idiota, “aponta Hannah Arendt, é aquele que vive apenas na sua casa e se preocupa apenas com a sua vida e as necessidades a ela inerentes”.⁸³

2.2. A Emergência das Esferas Social e Íntima

⁷⁹ LAFER, C. Obra citada, p. 244.

⁸⁰ LAFER, C. Idem, ibidem.

⁸¹ ARENDT, H. Obra citada, p. 68.

⁸² ARENDT, H. Idem, ibidem.

⁸³ LAFER, C. Obra citada, p. 238.

Segundo ARENDT, a clara separação entre os espaços público e privado, aos moldes antigos, não existe mais. Desde a época moderna, a linha divisória é difusa, pois o corpo político transformou-se em uma família cujos negócios controlam uma gigantesca economia social.

Interessante observamos que não é a ciência política que rege o nosso pensamento político ou público, e sim a economia nacional ou, agora, comunitária. Esta é a responsável pelo pensamento político moderno porque lhe compete à importante tarefa da “administração doméstica coletiva”.⁸⁴

Sendo assim, a Idade Moderna é marcada pela invasão dos interesses privados – assuntos relativos à manutenção da vida individual e à sobrevivência da espécie – na vida pública e no mundo comum.

O que entendemos contemporaneamente por sociedade é um conjunto de famílias organizadas, um ente sobre-humano, sendo a sua forma política o moderno conceito de nação.⁸⁵ A economia política, primeira disciplina responsável pela coordenação da sociedade moderna, era impensável para os antigos, visto que economia diz respeito à vida do ser humano e à sua sobrevivência, as quais eram pautadas pela legítima opressão, violência e força no espaço privado.

A política, por sua vez, era a forma de agir discursivamente buscando a construção do mundo comum e a realização individual por meio da negação da violência e da opressão.⁸⁶

A migração dos assuntos privados para a esfera pública, alterando, também, o *locus* da liberdade, constitui a esfera social. Uma das principais características da esfera social é a completa falta de delimitação entre os assuntos públicos e os privados, antes nitidamente separados e heterogêneos. Na Idade Moderna, parece que não existe uma esfera pública e outra privada, e sim uma grande esfera social, a qual é

⁸⁴ ARENDT, H. Obra citada, p. 37-38.

⁸⁵ O conceito de nação foi importantíssimo para que os interesses privados fossem legitimados como públicos através do processo revolucionário francês. Sobre o conceito de nação, CANOTILHO aponta que esse conceito foi dotado de características divinas: *potestas constituens, norma normans, creatio ex nihilo*, ou seja, o poder da nação de criar uma constituição, um ato imperativo tirado do nada que organiza a hierarquia dos poderes. A criação da constituição é necessária para tornar obrigatórios os direitos naturais do jusnaturalismo liberal que colocam como função do Estado apenas e tão somente o respeito ao livre desenvolvimento privado das vidas humanas. Sobre o conceito de nação e sua importância no pensamento constitucional ver CANOTILHO, J.J. G. Obra citada, p. 71-72.

⁸⁶ ARENDT, H. Obra citada, p. 38.

responsável por gerir uma enorme economia coletiva (assunto privado) através da política e do mundo comum (vida pública).

O advento da esfera social coincidiu com a transformação da propriedade de preocupação individual em pública. Nas palavras de ARENDT:

Logo que passou à esfera pública, a sociedade assumiu o disfarce de uma organização de proprietários que, ao invés de se arrogarem acesso à esfera pública em virtude de sua riqueza, exigiram dela proteção para o acúmulo de mais riqueza. Nas palavras de Bodin, o governo pertencia aos reis e a propriedade aos súditos, de sorte que o dever do rei era governar no interesse da propriedade de seus súditos.⁸⁷

Com essas radicais mudanças, o público recebe o papel de coordenar a sobrevivência de todos os integrantes do contrato social, a fim de possibilitar o maior acúmulo de riquezas possível. Para cumprir essa nova função, a política utiliza-se de expedientes privados como a força e a violência, antes execrados na vida pública antiga, e, agora, tornados monopólio do Estado.

Do outro lado, na esfera privada, não podemos mais concordar que uma vida vivida apenas no âmbito privado é típica dos idiotas (*idion*), assim como não nos parece que seja somente um refúgio contra os assuntos da República, como era pensado na Roma antiga.⁸⁸

O que designamos por privado atualmente é um círculo de intimidade cujos indícios – primórdios – encontram-se “nos últimos períodos da civilização romana, embora dificilmente em qualquer período da antiguidade grega”⁸⁹, mas suas peculiaridades e multiformas são desenvolvidas na Época Moderna.

Na modernidade, o oposto da vida privada moderna não é a esfera pública, e sim o conformismo e a igualdade impostos pela sociedade na esfera social. Dessa forma, a esfera da intimidade não surge em contraposição à esfera pública, mas como um espaço espiritual que precisa ser protegido contra a esfera social e seu correspondente conformismo.

⁸⁷ ARENDT, H. Obra citada, p. 78.

⁸⁸ ARENDT, H. Idem, p. 47-48.

⁸⁹ ARENDT, H. Idem, p. 48.

Segundo ARENDT, o primeiro grande teórico sobre a intimidade – componente mais relevante da esfera privada moderna – foi Jean-Jacques ROUSSEAU. Através de uma rebelião contra a insuportável perversão do coração humano pela sociedade, ROSSEAU desvendou uma região recôndita do homem, a qual, até então, não precisava de proteção específica.

A intimidade do coração, ao contrário da privacidade da casa ou da localização do espaço público, não possui um lugar físico delimitado e claro.⁹⁰ A intimidade e o seu oposto, a sociedade, são formas subjetivas que não se encontram ligadas a locais físicos específicos, como as esferas do lar e política na Antigüidade.

A rebeldia instaurada contra o conformismo social, inerente à sociedade moderna, começou antes que o princípio moderno da igualdade fosse aceito. À esfera íntima, não importa se a nação é composta por homens iguais – na concepção moderna – ou não, pois a exigência imposta pela sociedade aos seus membros é que todos ajam como se fossem membros de uma enorme família.⁹¹ Contra essa exigência que a esfera da intimidade luta, posicionando-se de forma diversa ao interesse único da sociedade.

Com o advento da sociedade moderna – esfera social –, houve o correlato declínio da família como forma de gerir as necessidades dos seus integrantes, ou, nas palavras de ARENDT, “o que ocorreu na verdade foi a absorção da família por grupos sociais correspondentes”.⁹² A referida absorção gerou uma igualdade típica do espaço privado: a imposição de ordens universais aos membros da comunidade doméstica pelo chefe de família.

O advento da esfera social ainda trouxe alterações na vivência da individualidade humana. O lugar por excelência da individualidade era o espaço público, onde os iguais deveriam sistematicamente, através da ação e do discurso, persuadir os demais sobre a relevância das suas idéias e da sua participação na *polis*.

Na comunidade do lar, a individualidade, a qual era uma característica humana, não florescia, pois os membros da família são entes pré-políticos e unidos apenas pelas

⁹⁰ ARENDT, H. Obra citada, p. 48.

⁹¹ ARENDT, H. Idem, p. 49.

⁹² ARENDT, H. Idem, ibidem.

carências típicas da espécie humana, assim como pelo poder despótico que sofrem do chefe de família.

As transformações do espaço público numa grande família e da esfera privada na única esfera comum atingiram seriamente a individualidade, porque não existia um lugar para o desenvolvimento desta. Sendo assim, “a moderna descoberta da intimidade parece constituir uma fuga do mundo exterior como um todo para a subjetividade interior do indivíduo”⁹³, a fim de possibilitar a vivência da individualidade e da intimidade modernas.

A emergência da intimidade pode ser atestada com o declínio das artes públicas. Observamos que, na sociedade moderna, onde “nada mais se muda senão com canhão e a moeda, nada se tem a dizer ao povo senão: *dai dinheiro*; o que é dito por meio de cartazes nas esquinas ou soldados nas ruas”.⁹⁴

Nessa sociedade, o papel da tragédia grega, como arte pública, perde sentido, já que não se pode encenar esses grandes espetáculos sob o céu, perante toda uma nação, buscando inspirar uma ardente emulação e encher os corações dos cidadãos de honra e de glória. Na Paris do tempo de ROUSSEAU ou nas sociedades contemporâneas, é impossível reunirmos toda cidade num espetáculo teatral, além de que o público que frequenta o teatro não busca assistir ao espetáculo, e sim questões secundárias como intrigas e bisbilhotices que ocorrem na platéia.⁹⁵

A mudança sofrida pelas artes públicas também é fruto da ascensão dos interesses privados da família na sociedade, a qual espera dos membros determinados comportamentos padrões. Numa sociedade “onde as pessoas não agem e não ousam ser elas mesmas”⁹⁶, ROUSSEAU postula um novo gênero literário: o romance. Esse gênero literário seria uma nova linguagem permitida às pessoas honestas e sensíveis, sendo dirigida aos solitários que não se sentem à vontade com o conformismo social.

Após o estudo do advento das esferas social e da intimidade, podemos analisar os princípios que regem cada uma das quatro esferas para Hannah ARENDT.

⁹³ ARENDT, H. Obra citada, p. 79.

⁹⁴ LAFER, C. Obra citada, p. 264.

⁹⁵ LAFER, C. Idem, p. 264-265.

⁹⁶ LAFER, C. Idem, p. 265.

O espaço público é guiado pela igualdade, a qual não é dada, porém criada. A esfera privada, por sua vez, é pautada na diferença, assinalando a especificidade única de cada indivíduo. Apesar de a social ser uma esfera híbrida, na qual, a partir da modernidade, as pessoas passam a maior parte tempo – por necessidade de trabalhar ou para exercer uma vocação –, o princípio da diferenciação predomina.⁹⁷

Em relação à esfera íntima, o princípio seguido é o da exclusividade. Nessa esfera, escolhemos as pessoas com as quais passaremos nossas vidas – amigos e aqueles que amamos. As escolhas que fazemos na intimidade não são realizadas por semelhanças ou por certas qualidades compartilhadas, e sim afetadas pelas singularidades de algumas pessoas que nos encantam de forma inexplicável.⁹⁸

O princípio da exclusividade briga constantemente com o conformismo social. ARENDT, no artigo “*Reflections on Little Rock*”, o qual aborda o princípio da exclusividade, exemplifica a vivência desse princípio através de um casamento “misto”. No caso de um casamento de pessoas de diferente etnia, apesar de ser contrário à sociedade, é uma escolha válida “que significa que os cônjuges preferiam optar pela felicidade pessoal, com base no princípio da exclusividade, relegando para segundo plano o ajustamento social”.⁹⁹

Por fim, retornamos ao tema da igualdade moderna e social. Essa não é aquela que gozavam os cidadãos na esfera pública antiga, e sim a de sofrer o poder despótico do chefe de família, agora na grande família chamada nação.¹⁰⁰

Em relação ao detentor do comando social – chefe de família – inexistente uma única pessoa que dirige a grande família moderna. Em verdade, uma análise simplificada pode indicar que vivemos um período de ausência de comando, uma espécie de “governo de ninguém”. No entanto, conforme ARENDT:

(...) esse ninguém, o suposto interesse único da sociedade como um todo em questões econômicas e a suposta opinião única da sociedade educada dos salões, não deixa de governar por ter perdido a personalidade. Como verificamos pela forma mais social de governo, isto é, pela burocracia (...), o governo de ninguém não significa

⁹⁷ LAFER, C. Obra citada, p. 267.

⁹⁸ LAFER, C. Idem, p. 268.

⁹⁹ LAFER, C. Idem, ibidem.

¹⁰⁰ ARENDT, H. Obra citada, p. 49.

necessariamente a ausência de governo; pode, de fato, em certas circunstâncias, vir a ser uma das mais cruéis e tirânicas versões.¹⁰¹

Como veremos, no terceiro capítulo, na análise da estrutura jurídica que corresponde à lógica patrimonialista da esfera social, o suposto interesse único representa a vontade daqueles que se beneficiam do modelo social. Esse modelo objetiva apenas saciar necessidades pré-políticas, coordenando as atividades e a racionalidade das outras esferas para esse fim.

Através da análise da estrutura jurídica, compreenderemos como uma classe construiu o mundo comum moderno como algo voltado apenas para possibilitar a apropriação privada dos bens por poucos em detrimento da eliminação das necessidades mais básicas dos seres humanos. Antes, devemos retornar ao estudo do direito à intimidade e à vida privada e do direito à informação, buscando a sua fundamentação e contornos “ideais”.

2.3 Fundamentação e Contornos do Direito à Informação e do Direito à Intimidade e à Vida Privada

ARENDT, segundo LAFER¹⁰², observa que não lhe parece correto que os nossos direitos sejam individuais e as nossas obrigações, públicas. Essa rica discussão é aprofundada pela filósofa na obra publicada postumamente “*Public Rights and Private Interests*”, na qual nos mostra que a soma dos interesses individuais não é o interesse público, visto que este se refere ao mundo comum ou seja, composto por objetos coletivos materiais e imateriais que vão além da existência e dos interesses individuais.

¹⁰³

O direito público, como ligação àqueles nossos interesses que são comuns com outros cidadãos, contém, por excelência, no pensamento arendtiano, o direito à associação. Nessa visão, entre os direitos fundamentais, os direitos individuais exercidos coletivamente são privilegiados em relação aos outros direitos, pois, através

¹⁰¹ ARENDT, H. Obra citada, p. 50.

¹⁰² LAFER, C. Obra citada, p. 237.

¹⁰³ LAFER, C. Idem, ibidem.

do mundo comum e compartilhado vivido pelo agir discursivo, podem evitar outra ruptura totalitária.¹⁰⁴

Através da análise do totalitarismo, ARENDT desenvolve seus pensamentos sobre a esfera pública. A dominação totalitária pauta-se no segredo e no secreto sob a máxima do “tudo ver sem ser visto”. O poder, no governo totalitário, começa com o segredo e, a partir dele, torna todas as condutas não proibidas em obrigatórias¹⁰⁵, assim, sob o código da invisibilidade/visibilidade, leva ao máximo, na gestão política, a ideia de *Panopticon* de BENTHAM, conforme a análise de FOUCAULT.

A capacidade de governar no totalitarismo aumenta conforme a sua possibilidade de presença universal invisível.¹⁰⁶ No entanto, essa dominação gera a desolação, fenômeno que impede o desenvolvimento da vida privada, a qual é modernamente pautada na intimidade – descoberta positiva e relevante.

A desolação, ainda, impossibilita o desenvolvimento do “estar-só ensejador do diálogo socrático do eu comigo mesmo” pela *vita contemplativa*. Dessa forma, a pessoa encontra-se completamente sozinha, já que com a destruição da sua identidade não pode fazer companhia a si mesma na solidão.¹⁰⁷

Na desolação, a pessoa está sozinha, “em falta consigo mesma”, não tendo tranqüilidade para pensar. O pensamento, por sua vez, torna possível uma autêntica *vita activa*, sendo esta:

(...) a vida humana na medida em que se empenha ativamente em fazer algo, tem raízes permanentes num mundo de homens e de coisas feitas

¹⁰⁴ LAFER, C. Obra citada, p. 238. O totalitarismo é um fenômeno de ruptura com a história do Ocidente, através do qual ARENDT pensa a política e a sua tradição histórica. Sendo assim, apesar de parecido com outros processos advindos da crise que a secularização causou, como o liberalismo, o positivismo e o pragmatismo, o totalitarismo deve ser entendido como um fenômeno de ruptura sem precedentes. Por meio do livro “As Origens do Totalitarismo”, publicado em 1951, procura a autora os elementos que se cristalizam no fenômeno totalitário. A análise sobre a ruptura totalitária é feita por André DUARTE no obra “O Pensamento à Sombra da Ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt”. Dentre inúmeras características, cremos ser importante notar que é um fenômeno comum tanto à esquerda política (stanilismo) como à direita (nazismo), sendo que ARENDT deteve-se com mais ênfase no estudo do regime totalitário nazista. Ainda devemos pontuar que é antecedido por uma forte crise nos direitos humanos e sustenta-se sobre o apoio político concedido pelas massas - vastas multidões sem interesse comum, amorfas e apolíticas -, além do importante apoio que recebe da burguesia, da elite (intelectuais) e do “lúmpen” (submundo da classe burguesa). Para uma análise pormenorizada do fenômeno totalitário ver DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: política e filosofia em Hannah Arendt*, p. 31-74.

¹⁰⁵ LAFER, C. Obra Citada, p. 245.

¹⁰⁶ LAFER, C. Idem, ibidem.

¹⁰⁷ LAFER, C. Idem, p. 239.

pelos homens, um mundo que ela jamais abandona ou chega a transcender completamente.¹⁰⁸

Sem o pensamento individual, através da propaganda e da ideologia instrumentalizadas pelo terror, as pessoas são presas ao mundo das aparências, sendo impossível participarem de forma esclarecida da construção do mundo comum. Em relação à esfera pública, o segredo é típico dos regimes autoritários, sendo uma nota importante na destruição da esfera política do agir e do discurso.¹⁰⁹

Dessa forma, o direito à informação deve buscar a publicidade dos assuntos públicos, a qual é necessária na construção coletiva e dialógica do fenômeno político. Assim, pode evitar a perigosa inversão da publicidade do privado e a da invisibilidade do público.

A invisibilidade do público, além da desolação, produz o irracionalismo político. Esse é um fenômeno autônomo, mas complementar da invisibilidade do público, que geralmente acontece quando as decisões políticas tornam-se privadas, não sendo passíveis de crítica e imperando a vontade infundada de poucos. Nesse contexto, em que a discussão livre não é privilegiada, muitos absurdos políticos passam a ser executados.

Na análise do fenômeno da desolação, da invisibilidade do público e do irracionalismo político, os quais podem ser evitados pelo direito à informação, ainda se faz necessário ressaltar, a partir da experiência totalitária, a transformação da mentira em destruição da verdade, e não mais em ocultação da verdade.

Segundo ARENDT, a mentira é observada como justificável dentro dos assuntos políticos, já que a verdade factual – forma de verdade da política – não é evidente aos moldes da matemática e da lógica. Para as verdades políticas – factuais – estabelecerem-se, é necessário o reconhecimento de testemunhas confiáveis, as quais podem garantir que os fatos ocorreram de uma forma e não de outra.¹¹⁰

No profundo ensaio “Verdade e Política”¹¹¹, contido no livro “Entre o passado e o presente”, Hannah ARENDT aborda o fenômeno político e a sua correlativa verdade.

¹⁰⁸ ARENDT, H. Obra citada, p. 31.

¹⁰⁹ LAFER, C. Obra citada, p. 246.

¹¹⁰ LAFER, C. Idem, ibidem.

¹¹¹ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*, p. 282-325.

Esta sempre teve uma ligação complexa e, aparentemente, contraditória com as proposições políticas.

Como a política trabalha com fatos e eventos, os quais são resultados invariáveis de ações de homens que vivem e agem conjuntamente, parecemos óbvio que a verdade deve versar sobre esses fatos. A possibilidade de a verdade factual sobreviver ao poder político é infinitamente menor que a resistência promovida pelos axiomas filosóficos e científicos contra a mesma ameaça. Nas palavras de ARENDT:

Talvez as probabilidades de que a Matemática euclidiana ou a teoria da relatividade de Einstein – para não mencionar a Filosofia de Platão – fossem reproduzidas a tempo caso seus autores tivessem sido impedidos de legá-las à posteridade não sejam tampouco muito boas, todavia são infinitamente maiores que a probabilidade de um fato de importância, esquecido ou, mais provavelmente, dissimulado pela mentira, ser algum dia redescoberto.¹¹²

Não podemos esquecer, ainda, como asseveramos acima, que é através da aparência que algo é reconhecido como existente. Sendo assim, além de evitar que os assuntos políticos sejam encobertos pelo segredo, o direito à informação deve fiscalizar a verdade fática das proposições políticas, evitando a alteração dos fatos conforme os interesses daqueles que detêm o poder político e/ou econômico.

Nosso conhecimento sobre algo é um conhecimento intersubjetivo, o que é garantido por um contexto do mundo que exige a presença dos outros. As impressões sobre a aparência devem ser postas à prova através da comunicabilidade¹¹³, a qual é garantida pelo direito à informação ao inibir o segredo e a mentira na construção do mundo comum.

O não dito ou incomunicável não encontra lugar na realidade. É por meio da linguagem que construímos o mundo comum e permanente. Se a esfera pública perde transparência e se vê permeada pelo segredo, frustra-se a possibilidade de ação.

Quando as proposições políticas não são postas à prova, impossibilitando a comprovação dos fatos alegados, a ação não pode ser calculada e construída

¹¹² ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*, p. 288.

¹¹³ LAFER, C. Obra citada, p. 254.

adequadamente. Assim, a mentira compromete a dignidade do ser humano e a sua aptidão para a cidadania.¹¹⁴

Importante salientarmos que até agora só falamos dos problemas advindo da clássica noção de mentira, a qual, em nossa civilização, sempre dependeu da verdade que se procurava esconder. Mesmo em regimes autocráticos, os governantes sabiam que escondiam uma verdade factual que possuía primazia sobre a mentira. Essa forma de mentir baseia-se na idéia de que uma mentira é lícita desde que útil para a sociedade.¹¹⁵

Contemporaneamente, a partir da experiência totalitária, observamos que a característica básica da mentira é a substituição de um fato ocorrido por outro que não.¹¹⁶ Trata-se, conseqüentemente, da destruição da verdade factual, ou seja, manipulase “acontecimentos do passado para atender aos seus desígnios e às suas ideologias”.¹¹⁷

Não se busca a ocultação da verdade, e sim a absoluta destruição de um conjunto de fatos que ocorreram de certa maneira e não de outra. Dessa forma, a história deixa de ser uma fonte inesgotável de possíveis soluções a serem buscadas quando nossos contemporâneos encontram-se numa situação de perigo. Torna-se, por outro lado, um conjunto de fatos que servem para legitimar um discurso conveniente aos vencedores, detentores dos poderes político e/ou econômico.¹¹⁸

Mais do que qualquer período histórico, a informação exata e honesta é necessária para uma civilização pautada na construção de um mundo comum pelo agir e pelo discurso, buscando a negação da violência e da força na condução dos assuntos públicos. Sendo assim, a Imprensa Livre, o Judiciário Independente e a Universidade Autônoma são fundamentais para que a mentira não se imponha¹¹⁹, tendo o direito à informação, novamente, papel relevante.

¹¹⁴ LAFER, C. Obra citada, p. 254-255.

¹¹⁵ LAFER, C. Idem, p. 246.

¹¹⁶ “Foram os alemães que invadiram a Bélgica em agosto de 1914; Trotski foi um dos grandes protagonistas da Revolução Russa, apesar disso não constar dos compêndios históricos stalinistas; o nazismo foi um movimento majoritário na Alemanha dos anos do III Reich, ainda que isto contrariasse os desejos da Adenauer no seu esforço de reconstrução democrática da República Federal Alemã” (LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos*, p. 248).

¹¹⁷ LAFER, C. Idem, p. 247.

¹¹⁸ Para uma análise da importância da história como fonte de possíveis soluções para os problemas contemporâneos, afastando-se, assim, da teoria histórica que apenas serve para legitimar as ações e a vida atuais ver BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política*, p. 222-232.

¹¹⁹ LAFER, C. Obra citada, p. 248.

Ao contrário da necessária visibilidade da esfera pública e do questionamento sério e sistemático que esta deve sofrer, sendo que ambos fundamentam o direito à informação e devem ser os fins buscados pela atividade jornalística, a esfera privada é regida pela invisibilidade. Importante pontuarmos que nem tudo o que deve ser ocultado representa uma privação ou algo moralmente condenável e vergonhoso.¹²⁰

Conforme LAFER, a “dor, o amor, as paixões do coração, as delícias dos sentidos, a reflexão sobre a morte, em síntese, as grandes forças da vida íntima têm uma existência válida apenas na penumbra, tanto que só surgem em público quando desindividualizadas e desprivatizadas”.¹²¹

Há alguns traços da esfera privada, independentes e anteriores à descoberta e à tutela da intimidade, encarados como positivos desde a Antigüidade pelos romanos e pelos gregos. São exemplos as palavras que designam o interior da casa – em grego *megaron* e em latim *atrium* – que representam sombra e treva, assim como a esfera privada como refúgio necessário ao processo de participação na *respublica*.¹²²

No entanto, apenas com o advento da esfera íntima – a qual se tornou o elemento central da esfera privada moderna - e a sua constante luta contra o conformismo social imposto pela também moderna esfera social, o mundo privado recebeu grande valor.

A esfera privada perde a tradicional relação geográfica com a casa. Isso não significa que o espaço da casa não deva ser protegido como fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade e da individualidade, e sim que o elemento de maior importância é a intimidade, a qual, por ser subjetiva, não se encontra contida espacialmente.

A intimidade representa um constante embate contra o conformismo social que impõe comportamentos padrões a todos os membros do contrato social. Assim, por meio da intimidade, as pessoas buscam as suas identidade e individualidade, as quais eram, na cidade-estado grega, vividas no espaço público.

¹²⁰ LAFER, C. Obra citada, p. 261.

¹²¹ LAFER, C. Idem, ibidem.

¹²² LAFER, C. Idem, ibidem.

Dessa forma, o desenvolvimento individual do ser humano deve ser protegido onde quer que nos encontremos, salvaguardando as decisões essenciais que tomamos sobre a nossa vida, independente da exigência niveladora da esfera social.

Por essas razões, cremos que a posição de LORENZETTI sobre a esfera íntima ser formada por decisões pessoais que não afetem os outros não é razoável. A intimidade sempre combaterá a opinião dos demais membros do contrato social, sendo esta opinião representada pelo interesse único da sociedade.

Também não é possível concedermos às pessoas jurídicas a proteção do direito à intimidade e à vida privada. As pessoas jurídicas não lutam contra o conformismo social reinante, da mesma forma que não se encontram refugiadas na intimidade a fim de desenvolverem sua identidade e individualidade.

Em verdade, a extensão de direitos fundamentais da personalidade às pessoas jurídicas é contrária à resposta histórica da proteção da intimidade dos seres humanos e seus outros valores essenciais após a barbárie totalitária da Segunda Guerra Mundial.

123

Retornando à análise da necessária tutela da intimidade dos seres humanos, devemos observar que, num primeiro momento, a migração da gênese da identidade e da individualidade da esfera pública para a esfera privada – esta agora centrada na intimidade – não sofreu grandes ataques da esfera social num primeiro momento.

Em verdade, a esfera social obrigou o ser humano a ter que desenvolver sua personalidade no refúgio da intimidade. Sendo a esfera pública comandada por interesses privados patrimoniais, o mundo comum e a política deveriam ser pensados apenas para realizar os interesses pré-políticos dos seres humanos. Assim, a construção da individualidade e da identidade foi transferida para a moderna esfera privada.

No entanto, a esfera social, após romper as barreiras claras entre o público e o privado, fazendo com que o mundo comum fosse pensado para promover a

¹²³ Sobre a dignidade da pessoa humana, valor que informa os direitos da personalidade: “É exatamente por que a pessoa jurídica (as associações, sociedades, fundações, o próprio Estado) não é ser que existia por si mesmo, mas através dos homens e em função destes, que a pessoa jurídica, embora não exprima uma ficção, mas uma realidade, é pessoa por analogia ao ser humano e não é portanto dotada da dignidade essencial reconhecida ao ser humano” (OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. Obra citada, p. 224).

acumulação de riquezas infinitas, passou, então, a atacar a intimidade. Esse ataque sistemático é demonstrado através do surgimento autônomo do direito à intimidade e à vida privada como resposta à invasão realizada pelo então jornalismo impresso na vida íntima.

Contemporaneamente, parece-nos que o conformismo social avançou ainda mais sobre a esfera íntima. A invasão constante que os meios de comunicação realizam na vida das pessoas não sofre a mesma oposição das pessoas, como, por exemplo, a que fez emergir o direito à intimidade e à vida privada. As pessoas não lutam, muitas vezes, pela necessária invisibilidade que seus assuntos íntimos, formadores da individualidade e da identidade, deveriam ter.

Em verdade, buscam a visibilidade social de todos os aspectos de sua vida íntima, a fim de aumentar suas rendas. É constante a busca de espaço, nos meios de comunicação, por artistas para falar sobre seus amores, amigos, sentimentos, assim como observamos pessoas comuns lutando por uma vaga para exporem sua vida em programas como “Big Brother” ou “Casa dos Artistas”.

Essa visibilidade da esfera privada promove os interesses individuais pré políticos das pessoas que se expõem, já que estão interessadas em, através da exposição da sua vida íntima, acumularem riquezas. Essa riqueza advém da possibilidade dos indivíduos, ao tornarem-se famosos através da visibilidade da esfera íntima, lançarem-se em carreiras artísticas e/ou realizarem inúmeras propagandas, sendo estas atividades bem rentáveis numa sociedade de consumo.¹²⁴

Neste capítulo, mostramos os importantes papéis que o direito à informação e o direito à intimidade e à vida privada deveriam exercer na sociedade contemporânea. Infelizmente, como já pontuamos desde o primeiro capítulo, as funções emancipatórias desses direitos foram cooptadas pelos interesses privados pré-políticos.

¹²⁴ “Há um intenso comércio em relação à vida privada dos indivíduos, mediante venda de fotografias, de gravações da própria voz, de cartas e diários íntimos, que serão exibidos publicamente, retratados em revistas, jornais, cinema, televisão, suscitando a idéia de tratar-se o direito ao respeito à vida privada, também, de um direito de personalidade de natureza patrimonial. Não podemos negar esse fato diante de um rápido exame da jurisprudência atual, tanto dos tribunais alienígenas quanto dos tribunais brasileiros, que vêm tratando o direito ao respeito à vida privada, especialmente o direito sobre a própria imagem e sobre a própria voz, sob uma perspectiva eminentemente patrimonial” (SZANIAWSKI, E. Obra citada, p. 325).

Assim, sob o manto da essencialidade dos direitos fundamentais, escondese uma opressão fática sem limites. Essa opressão, legitimada pelo desvio de função que sofreram esses direitos, é uma questão antiga no direito e na sociedade.

Através do caso Lüth, decidido, em última instância, pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão em 1958, trataremos de duas estruturas jurídicas diversas, as quais, conforme a hegemonia que possuem no pensamento jurídico, alteram substancialmente os papéis exercidos tanto pelo direito à informação como pelo direito à intimidade e à vida privada.

A primeira estrutura, a qual é vista nas decisões da primeira instância e do Tribunal de Hamburgo, reflete, por meio do direito, a cooptação de todas as esferas pela esfera social, buscando promover os interesses privados pré-políticos. Esse modelo jurídico promove um desvio na função emancipatória do direito à intimidade e à vida privada, assim como do direito à informação.

Por outro lado, observaremos, na decisão do Tribunal Federal Constitucional, a resposta civilizatória dos direitos fundamentais, principalmente, a partir da Segunda Guerra Mundial. Essa função dos direitos fundamentais, por mais que componha a fundamentação filosófica da ontologia dos direitos fundamentais, não corresponde à *práxis* desses direitos, sendo a decisão do Tribunal Constitucional uma exceção.

3. Duas estruturas jurídicas: o direito como promoção dos interesses privados patrimoniais ou da emancipação humana

3.1. O Caso Lüth

Erich Lüth, à época, 1950, diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, conclamou o público a promover boicote ao filme “*Unsterbliche Gelibte*” – Amada Imortal -, dirigido por Veit Harlan, o qual também dirigiu e escreveu o *script*, durante o período do governo nacional-socialista, de filme notoriamente anti-semita. Sobre esses fatos, reproduzimos o acórdão do Tribunal Federal Constitucional – *Bundesverfassungsgericht* –, de 15 de janeiro de 1958, traduzido do alemão para o inglês pelo Professor Tony Weir, Trinity College, Cambridge¹²⁵:

Na abertura da Semana do Cinema Alemão em 20 de setembro de 1950, o reclamante (Lüth), então Senador da “Free and Hanseatic” cidade de Hamburgo e Chefe da Imprensa Oficial do Governo, fez um discurso, como presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo para um público de distribuidores de filmes e diretores. Ele disse, entre outras coisas:

A pessoa menos provável a restabelecer o clamor pela moralidade que o cinema alemão perdeu durante o Terceiro Reich é o homem que dirigiu “Jud Süß” e escreveu seu roteiro. Se este mesmo homem for escolhido para representar a indústria alemã de filmes quem poderá contar o prejuízo que podemos sofrer no mundo todo? É verdade que ele foi absolvido num sentido formal em Hamburgo, mas substancialmente o julgamento foi sua condenação. Nós devemos pedir aos distribuidores e proprietários de cinema que mostrem caráter, - não aquele barato, mas um que valha o preço. Eu quero que o cinema alemão também mostre caráter em sua imaginação, ousadia visual e excelente perícia, ele merecerá toda assistência e alcançará o que precisa a fim de sobreviver: sucesso com o público aqui na Alemanha e no exterior.¹²⁶

¹²⁵ O inteiro teor desta decisão do Tribunal Federal Constitucional Alemão pode ser consultado, na língua inglesa, em <http://iuscomp.org>, acesso em 15 de julho de 2005.

¹²⁶ A tradução, do inglês para o português, dos fragmentos do acórdão do Tribunal Federal Alemão utilizados neste ponto foi feita pelo autor desta monografia, sendo revisada pela Professora Nilcléia M. Bernardo, tradutora do Instituto Fachin-Pianovski, a quem agradecemos. O trecho em inglês é: “At the opening of ‘German Film Week’ on 20 September 1950 the complainant (Lüth), then a Senator of the Free and Hanseatic City of Hamburg and Head of the State Press Office, gave an address, in his capacity as President of the Hamburg Press Club, to an audience of film distributors and directors. He said, *inter alia*: The person least likely to restore the claim to morality which the German film forfeited during the Third Reich is the man who directed ‘Jud Süß’ and wrote the script for it. If this very man is chosen to represent

Após esse pronunciamento de Lüth, DoninickFilm-Produktion GmbH, uma das distribuidoras do filme “Amada Imortal” na República Federal Alemã, pediu explicações sobre o referido pronunciamento, as quais foram prestadas, por aquele, em 27 de outubro de 1950, através de uma carta aberta à imprensa, tendo o seguinte conteúdo:

A Corte não contradisse o fato de que para muitos do regime de Hitler, Veit Harlan era o diretor número um de filmes nazistas ou que seu filme Jud Süß mostrou que ele era um expositor empenhado no expurgo homicida nazista de judeus. Alguns empresários aqui e no exterior podem não ser contra o ressurgimento de Veit Harlan, mas a integridade moral da Alemanha não deve ser destruída pela face dura de negócios rendosos. A volta de Harlan só pode reabrir feridas recém curadas e ressuscitar a desconfiança decrescente fatal para a reconstrução alemã. Por todas essas razões, não é apenas o direito, mas a obrigação de todos os alemães decentes protestar contra, e até mesmo boicotar este ignóbil representante da indústria alemã de filmes.¹²⁷

As duas distribuidoras dos filmes de Veit Harlan – Doninick-Film-Produktion GmbH e Herzog-Film GmbH –, por sua vez, em demanda judicial proposta em Hamburgo, obtiveram uma decisão – *interlocutory injunction* – que obrigava Lüth a se abster do boicote ao filme. Este apelou ao Tribunal de Justiça de Hamburgo, o qual não reformou a referida decisão, decidindo que Lüth:

é ordenado, sob pena de multa ou prisão como determinado pelo Tribunal, a se abster de conclamar os agentes teatrais e distribuidores de

the German film industry, who can tell what harm we may suffer throughout the world? True he was acquitted in a formal sense in Hamburg, but substantially the judgment was a condemnation. We must call on the distributors and cinema owners to show character - not cheap, but worth the price. And I want the German film to show character as well. If it shows character in its imagination, visual daring and sterling craftsmanship, it will merit every assistance and achieve what it needs in order to survive: success with the public here in Germany and abroad”.

¹²⁷ Trecho em inglês: “The court did not gainsay the fact that for much of the Hitler regime Veit Harlan was the Nazi film-director no. 1 or that his film Jud Süß showed him to be a committed exponent of the Nazis’ murderous purge of the Jews. Some businessmen here and abroad may not be opposed to Veit Harlan’s re-emergence, but the moral integrity of Germany must not be destroyed by hard-faced money-makers. Harlan’s return can only reopen wounds barely healed, and resuscitate diminishing distrust fatal to German reconstruction. For all these reasons it is not only the right but the duty of all decent Germans to protest against, and even to boycott, this ignominious representative of the German film industry”.

filmes para não programarem o filme Amada Imortal e de conclamar o público alemão a não assistir ao filme (...).¹²⁸

Essa decisão foi baseada no § 826 do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)– Código Civil Alemão -, sendo o seu texto:

§826 – Aquele que causa dano a outro, de maneira ofensiva aos bons costumes, está obrigado a repará-lo.¹²⁹

Asseverando que a decisão do Tribunal de Justiça de Hamburgo violou a sua liberdade de expressão, Erich Lüth interpôs reclamação constitucional – *Verfassungsbeschwerde* – contra a decisão do Tribunal de Justiça de Hamburgo. Argumentou, neste recurso, que a liberdade de expressão protege a possibilidade de influir, através do uso das palavras, sobre os outros cidadãos.

O recurso foi acolhido, sendo esclarecedora a ementa dessa reclamação constitucional:

1. Direitos fundamentais são, primeiramente, para proteger o cidadão contra o Estado, mas como positivados na Constituição (Lei Fundamental) eles também incorporam uma escala objetiva de valores que se aplica, como uma questão de lei constitucional, por todo o sistema legal.
2. O conteúdo dos direitos fundamentais é expresso indiretamente pelas regras de Direito Privado, mais evidentes nas provisões mandamentais, e melhor efetivadas pela aplicação judicial das cláusulas gerais.
3. Direitos fundamentais podem ser violados por uma decisão judicial que ignora o efeito dos direitos fundamentais no Direito Privado (§ ver Ato no Procedimento do Tribunal Constitucional (BVerfGG)). Decisões judiciais em Direito Privado estão sujeitas a revisão pelo Tribunal Constitucional, somente no que respeita a tais violações a direitos fundamentais, e não para erros da aplicação da lei em geral.

¹²⁸ Trecho em inglês: “is ordered, on pain of fine or imprisonment as determined by the court, to refrain (1) from calling on theatre managers and film distributors not to programme the film 'Unsterbliche Geliebte' and (2) from calling on the German public not to go to see the film (...)”.

¹²⁹ Trecho em alemão traduzido pelo Professor Ingo Wolfgang SARLET: “§ 826 – Wer in einer gegen die guten Sitten vertossenden Weise einem anderen Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet”.

4. Regras privadas podem ser “leis gerais” que podem restringir o direito fundamental à liberdade de expressão contida no art. 5º, II, Lei Fundamental.

5. Essas “leis gerais” precisam ser interpretadas à luz do especial significado que adquire, num Estado democrático, o direito fundamental à liberdade de expressão.

6. O direito fundamental do artigo 5º, LF, não protege apenas a expressão da opinião, mas também o efeito que ela gera nos outros.

7. A expressão de uma opinião favorável ao boicote não viola necessariamente o dever de conduta apropriada (*boni mores*) conforme o § 826 BGB; dependendo de todas as circunstâncias que tal opinião possa ser justificada como uma questão de lei constitucional.¹³⁰

3.2. As decisões de primeiro grau e do Tribunal de Hamburgo e a do Tribunal Federal Constitucional: as diversas concepções sobre os direitos fundamentais e as suas conseqüências

Ao desconsiderar a livre manifestação do pensamento de Lüth, as decisões hierarquicamente inferiores reproduzem um modelo jurídico que se inicia no final dos Estados absolutistas e solidifica-se com o processo codificador francês. Nesse período, conforme observaremos a seguir, a categoria dos direitos fundamentais legitima a promoção dos interesses patrimoniais pré-políticos pelo espaço público e pela sociedade moderna.

A categoria dos direitos fundamentais surge como direitos, liberdades e garantias individuais contra a opressão estatal. À época do Estado absolutista, forjaram-se os

¹³⁰ Trecho em inglês: “1. Basic rights are primarily to protect the citizen against the state, but as enacted in the Constitution (GG) they also incorporate an objective scale of values which applies, as a matter of constitutional law, throughout the entire legal system. 2. The substance of the basic rights is expressed indirectly in the rules of private law, most evidently in its mandatory provisions, and is best effectuated by the judges' use of the general clauses. 3. Basic rights may be infringed by a judicial decision which ignores the effect of basic rights on private law (§ 90 Act on Constitutional Court Procedure (BVerfGG)). Judicial decisions on private law are subject to review by the Constitutional Court, only in respect of such infringements of basic rights, not for errors of law in general. 4. Rules of private law may count as 'general laws' which may restrict the basic right of freedom of expression under Art. 5 II GG. 5. Such 'general laws' must be interpreted in the light of the especial significance in a free democratic state of the basic right to freedom of expression. 6. The basic right in Art. 5 GG protects not only the utterance of an opinion as such, but also the effect it has on others. 7. The expression of an opinion favouring a boycott does not necessarily infringe proper conduct (*boni mores*) under § 826 BGB; depending on all the circumstances such an expression may be justified as a matter of constitutional law”.

direitos fundamentais para a tutela dos bens essenciais do ser humano, os quais, devido à forte intromissão injusta do Estado em aspectos da esfera privada dos indivíduos e ao trabalho desenvolvido pelos intelectuais orgânicos da burguesia, eram oponíveis somente ao Estado, já que, sem a intervenção estatal, a liberdade e a igualdade, naturalmente, seriam asseguradas e gozadas na esfera privada.

Essa construção jurídica e filosófica, em verdade, procura legitimar e realizar os interesses econômicos burgueses de acumulação de riquezas, os quais já não eram compatíveis com o Estado absolutista, necessitando, assim, alterar as estruturas e as funções do Estado e, também, do direito. Conforme o Professor Eroulths CORTIANO JUNIOR, durante o regime feudal:

A burguesia passou a ser reconhecida como elemento separado da ordem feudal, e se antes sua presença era tolerada, depois seu poder passou a ser reconhecido. O poder real, sem lastro econômico, viu-se na contingência de fazer uma *embaraçosa trégua* com os comerciantes que, então, enriqueciam cada vez mais.

Como os adversários à legitimação da burguesia na ordem política ainda estavam presos à ideologia jurídica, econômica e religiosa de seu tempo, foi necessário que ela adquirisse legitimidade e *status na* ordem feudal e **por** padrões feudais (grifos do autor).¹³¹

No entanto, apesar de os burgueses, por meio da compra e venda de terras – sendo esta uma forma de receber poder e certa liberdade dos senhores feudais e reis, reproduzindo a concepção da propriedade como uma forma de participar da construção política do mundo comum - terem satisfeito em parte a sua ambição política, algumas características do sistema eram incompatíveis com os seus interesses.

A ordem feudal, por exemplo, afetava substancialmente a presença de agentes econômicos na cadeia de circulação de bens. Já o parcelamento do direito à terra dificultava a sua compra e venda, pois não permitia a concessão de plenos poderes apenas a um titular, como era o desejo e a racionalidade individualista burguesa. Ainda, existia uma ordem jurídica assistemática e plural, a qual prejudicava a calculabilidade jurídica e econômica tão cara à atividade mercantil.¹³²

¹³¹ CORTIANO JR, E. Obra citada, p. 29-30.

¹³² CORTIANO JR., E. Idem, p. 32-33.

Nessa época histórica, apesar de o Estado absolutista prestar relevantes garantias ao sistema de acumulação de riquezas, começou a embaraçar o desenvolvimento econômico privado, sendo necessário buscar um regime que possuísse a única função de promover a acumulação privada de riqueza.

Sendo assim, nas palavras do Professor CORTIANO JUNIOR:

a modificação das relações entre poder econômico e poder político é colocada na ordem do dia, e precisam ser redefinidas. Por tudo isso, e muito mais, a burguesia prontamente aliou-se aos filósofos de então, criando os alicerces da formação de um poder centralizado, baseado no modelo jusnaturalista, que refletisse e garantisse seus ideais.¹³³

Por meio do pensamento de Antonio Gramsci¹³⁴, cremos que podemos explicar a função desenvolvida pelos direitos fundamentais na construção do ordenamento jurídico liberal e, conseqüentemente, do espaço público apenas como promotor de objetivos pré-políticos ligados à acumulação de riquezas.

Após uma constante luta e enfrentamentos da classe social ascendente – burguesia¹³⁵ – contra a classe social dirigente¹³⁶ – a aristocracia –, aquela obteve a hegemonia ideológica na sociedade civil.¹³⁷ Esses intensos embates na sociedade civil

¹³³ CORTIANO JR., E. Obra citada, p. 33-34.

¹³⁴ O pensamento gramsciano desenvolve-se após a primeira guerra mundial sob o espanto do surgimento do fascismo. Dessa forma, as categorias do pensador sardo procuram superar a análise política de Marx, a qual se mostra insuficiente para aquele contexto. Não procuramos adotar o pensamento de Gramsci em sua totalidade, mas apenas algumas categorias que na contemporaneidade parecem-nos relevantes. Para uma análise do pensamento gramsciano ver CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. E no direito ver ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; BORGES Fo, Nilson (Orgs.). *Gramsci: estado, direito e sociedade*.

¹³⁵ “O termo burguês designa, antes de tudo, um novo homem, um estado de fato que não existia anteriormente. É um homem que, graças à riqueza que amealhou, se torna ilimitadamente ambicioso” (CORTIANO JR., E. *O Discurso Jurídico da Propriedade e suas rupturas*, p. 30).

¹³⁶ “O caráter de direção é próprio somente de quem se apropria de um discurso persuasivo e consensual, distinto da simples titularidade do poder coercitivo, manifesto no emprego da violência legítima, que pode ser exercida pelo Estado” (CÂMARA, Marcelo Henrique. *Estado liberal e autonomia da vontade: o papel dos intelectuais orgânicos na formação e consolidação do direito burguês pós-revolucionário*. In: Orides Mezzaroba (Org.). *Gramsci: Estado e Relações Internacionais*, p. 259).

¹³⁷ A hegemonia é forma pela qual uma classe dominante usa a sua liderança política, moral e intelectual para legitimar e impor a sua visão de mundo. A noção de hegemonia implica a de instituições, ideologias, práticas e agentes que compreendem a cultura dos valores dominantes. Se adotarmos a concepção ampla de Estado em Gramsci, a qual vê o Estado como a soma da sociedade civil e da sociedade política (Estado em sentido estrito), devemos compreendê-lo como hegemonia com coerção. As lutas contra-hegemônicas são constantes nas sociedades de tipo ocidental, as quais buscam, principalmente na sociedade civil - o lugar por excelência da hegemonia - certo consenso social que possibilite a conquista da sociedade política. Sendo assim, “a hegemonia, por sua vez, recebe o significado de direção política,

e no Estado (sociedade política) absolutista francês, por meio de guerra de posições¹³⁸, no momento em que a aristocracia não era mais a classe dirigente, sendo apenas dominante – já que perdera o seu poder persuasivo, não podia mais dirigir devido à ausência de consenso social, valendo-se apenas da força para governar – levaram à conquista política do Estado em sentido amplo (sociedade civil e sociedade política) com a derrubada da sociedade política francesa absolutista, *ancien régime*.¹³⁹

Nesse processo, o papel dos intelectuais burgueses foi fundamental. Os intelectuais orgânicos – aqueles que através da sua ação política oferecem homogeneidade e consciência da própria função àquele grupo social ao qual se encontram ligados, indo além da esfera da economia, influenciando o seu tempo social, política e juridicamente¹⁴⁰⁻¹⁴¹ – da burguesia foi relevante antes da tomada do poder político, pois possibilitaram a conquista da hegemonia, assim como depois, já que organizaram a estrutura jurídica para promover a acumulação de riquezas.

A construção político-social dos intelectuais orgânicos da transformação burgueses foi decisiva na queda das estruturas sociais e políticas do feudalismo, assim como na derrocada do *ancien régime*, tornando possível a estruturação do Estado liberal. A militância intelectual é importante, segundo Marcelo Henrique CÂMARA, pois:

e ainda com maior razão apresenta-se como direção cultural: a conquista da hegemonia é precedente à conquista do poder” (CÂMARA, M. H. In: O. Mezzaroba. Obra citada, p. 259).

¹³⁸ Guerra de posições é meio pelo qual se busca a hegemonia através de constantes enfrentamentos culturais, que, na grande parte das ações, não envolvem qualquer tipo de violência física. Essa é a forma pela qual se conquista as instituições da sociedade civil, a fim de alterar ou manter um consenso social. Como bem assevera o Professor Edmundo Lima ARRUDA JUNIOR, a guerra de posições e a busca por hegemonia não acontece só na sociedade civil, mas, também, ainda que com menor força, na sociedade política. Essa leitura do pensamento gramsciano é feita por POULANTZAS (ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Gramsci e direito: reflexões sobre novas juridicidades*. In: _____; Nilson Borges Fo (Orgs.). *Gramsci: estado, direito e sociedade*, p. 36-37).

¹³⁹ CÂMARA, M. H. In: O. Mezzaroba. Obra citada, p. 261.

¹⁴⁰ CÂMARA, M. H. In: O. Mezzaroba. Idem, p. 258.

¹⁴¹ Há, segundo o pensamento de Antônio Gramsci, três tipos de intelectual: tradicional, orgânico do *status quo* e orgânico da revolução. Os primeiros, além dos intelectuais rurais, camponeses e da pequena burguesia, são os representantes de determinada continuidade histórica que não fora interrompida nem mesmo pelas complicadas e radicais modificações das formas sociais e políticas. Esses não possuem mais ligação com a classe dominante e não fazem parte dos intelectuais que defendem e promovem a classe ascendente, revolucionária. O intelectual orgânico, de outro lado, imiscui-se ativamente na vida prática, como construtor, organizador e persuasor permanente. Dessa forma, o intelectual orgânico do *status quo* encontra-se ligado profunda e organicamente à classe dominante, o qual, por meio de sua função, concede homogeneidade e consciência no campo econômico, social e político. Já o intelectual orgânico da revolução é o defensor da nova concepção de mundo da classe revolucionária ascendente. Ver MALISKA, Marcos Augusto. *Os operadores jurídicos enquanto intelectuais orgânicos*. In: Edmundo Lima de Arruda Junior; Nilson Borges Fo (Orgs.). *Gramsci: estado, direito e sociedade*.

(...) não basta a erosão de um modo de produção, como claramente se deu com o feudalismo nos últimos séculos do medievo, para que se venha a desagregar certo bloco dominante. Ganham destaque as quebras de feitio cultural, político e ideológico, que se relacionam à ruptura na esfera intelectual.¹⁴²

Através dessa breve, porém importante análise gramsciana, observamos o nascimento do interesse único da sociedade moderna e a conquista do espaço público por interesses privados patrimoniais. Devemos atentar que essa luta por conquista da hegemonia foi a forma como os burgueses construíram o interesse único da sociedade, que se implementa por meio do conformismo social.

Esse conformismo social impõe comportamentos padrões aos membros do contrato social, sendo a aversão à padronização da ação humana o motivo da emergência da esfera íntima. Devido ao conteúdo desse conformismo, apenas as ações que não sejam contrárias à vida burguesa moderna são incentivadas, sendo as contrárias reprimidas socialmente, através da esfera moral e do direito.

A análise do Estado amplo em Gramsci permite-nos observar que os interesses privados patrimoniais dominaram claramente as decisões políticas daquele período histórico. Tanto o Estado moderno quanto a sociedade civil moderna serviram à promoção dos interesses privados patrimoniais no espaço público através da construção de um mundo comum empenhado na máxima acumulação das riquezas.

A legitimação discursiva desse modelo social burguês e moderno, que transforma em preocupação pública as necessidades pré-políticas, pode começar a ser compreendido com John LOCKE. Os homens, segundo LOCKE, são plenamente livres, iguais e proprietários desde o estado de natureza. No entanto, sentem a necessidade de limitar a sua própria liberdade para garantir a propriedade, pois há certa luta entre eles que não garante a propriedade e a liberdade durável.¹⁴³

A propriedade, para LOCKE, engloba os bens, a vida e a liberdade, porém é nítida, no seu pensamento, a ênfase dada aos bens. Por todos os homens serem proprietários, gozam de uma igualdade entre si. Dessa forma, a fundação do Estado e

¹⁴² CÂMARA, M. H. In: O. Mezzaroba. Obra citada, p. 259.

¹⁴³ CANALI, Dario. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de estado em Marx, Lênin e Gramsci*, p. 13-14.

da sociedade civil – pois ambos são criados pelo contrato social em LOCKE ¹⁴⁴ – busca a proteção da propriedade e a promoção da liberdade durável, as quais ocorrerão desde que o Estado proteja o patrimônio dos particulares e não intervenha nas relações interprivados. ¹⁴⁵

Há, na construção do moderno significado de liberdade, uma completa inversão em relação ao conceito antigo de liberdade. Esta não é vivida após o ser humano superar suas necessidades pré-políticas típicas do âmbito privado e, então, compartilhar da construção do mundo comum pela política. A liberdade é a própria vida privada.

Essa construção, também, pode ser observada através das análises históricas de Benjamin CONSTANT e Fustel de COULANGES, dois intelectuais orgânicos burgueses que desenvolvem a concepção liberal de liberdade. O primeiro pensador, ao contrapor a liberdade dos antigos à dos modernos, afirma que, para aqueles, a liberdade era realizada através da participação ativa no poder político, ou seja, ser livre correspondia a “exercer coletivamente e diretamente o poder político”. ¹⁴⁶

No entanto, ao indagarmos um homem moderno sobre o significado da palavra liberdade, receberíamos como resposta: o respeito a determinados direitos individuais, começando pelo direito de cada um a se submeter apenas às leis. ¹⁴⁷

Sendo assim, CONSTANT mostra-nos a profunda alteração no espaço público quando a principal atividade pública do sujeito moderno passa ser a influência no governo por meio da separação dos poderes e da democracia representativa, e não mais o gozo de sua liberdade, a qual é exercida na esfera privada.

Através de uma análise historiográfica diversa da maioria dos historiadores de seu tempo, os quais se dedicavam ao estudo das fontes advindas do Estado, COULANGES, a partir da moralidade, da religião e dos costumes, desenvolveu o tema da liberdade dos antigos e dos modernos. ¹⁴⁸

¹⁴⁴ CANALI, D. Obra citada, p. 14.

¹⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 92.

¹⁴⁶ CÂMARA, M. H. In: O. Mezzaroba. Obra citada, p. 270.

¹⁴⁷ CÂMARA, M. H. In: O. Mezzaroba. *Idem*, *ibidem*.

¹⁴⁸ BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil

Em “A cidade antiga”, dedica inúmeras páginas para demonstrar que o homem antigo não vivia a verdadeira liberdade – a individual, inerente aos modernos -, já que, na Antigüidade, essa era equivalente à titularidade de direitos políticos.¹⁴⁹

A liberdade moderna, assim, torna-se a possibilidade de usufruir das benesses advindas da acumulação da maior quantidade de riqueza possível, cabendo ao Estado somente o papel de zelar contra qualquer turbacão que dificulte esse processo de acumulação. Nesse contexto, inexistente necessidade de vivência da liberdade pública, pois o mundo comum só deve servir como forma de legitimar um processo de acumulação de riquezas que se basta em si mesmo.

Importante ressaltarmos que a tutela da liberdade, aos moldes burgueses descritos pelos pensadores acima, começou a ser instituída no Estado pelos direitos fundamentais, principalmente durante a Revolução Francesa¹⁵⁰, por meio da Declaração Universal do Homem e do Cidadão de 1789 e das Constituições Francesas de 1791, 1793 e 1795. Esses direitos, ao proibirem a intromissão injusta do Estado na vida privada, promoviam a liberdade dos cidadãos.¹⁵¹

contemporâneo. In: Carmem Lucia Silveira Ramos (org.)... et al. *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*, p. 52. Apesar de superar, em parte, seus contemporâneos na questão sobre as fontes históricas, COULANGES é um historiador positivista. A crítica certa é feita pelo Filósofo Walter BENJAMIN ao abordar a pretensa neutralidade que aquele pensador recomenda aos historiadores (BENJAMIN, W. Obra citada, p. 225).

¹⁴⁹ CÂMARA, M. H. In: O. Mezzaroba. Obra citada, p. 271.

¹⁵⁰ A palavra revolução adquire, a partir da Revolução Francesa, outro sentido. Antes, a palavra revolução significava voltar ao ponto de partida ou, literalmente, rodar para trás. Em 1593, na sua obra *“De revolutionibus orbium coelestium”*, Copérnico usou o substantivo para designar o movimento cíclico e necessário dos astros em torno do sol. Usando o vocábulo com o sentido de um retorno às raízes, ou seja, restauração de costumes e liberdades antigas, os ingleses introduziram o uso político da palavra. Ainda em 1660, os ingleses utilizaram a palavra para significar a restauração monárquica. Nesse uso político do vocábulo, seu sentido não fugia muito da astronomia, pois significava que a história é cíclica/repetitiva. Só com a Revolução Francesa o sentido contemporâneo do termo foi cunhado, adquirindo o significado de uma completa renovação das estruturas sociais e políticas – a instauração de um governo, um regime político, uma sociedade e um conjunto de poderes novos. Ser revolucionário, desde então, é lutar pelo nascimento de uma outra forma de sociedade sem precedentes históricos. Ver COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 122-127.

¹⁵¹ O processo revolucionário francês foi muito rico e conturbado. Em apenas seis anos, foram elaboradas a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e três constituições. Principalmente na Constituição de 1793, a disputa pelos rumos da Revolução Francesa foi intensa. Sobre esse fenômeno histórico, esclarecedoras são as palavras do Professor Fábio Konder COMPARATO: “A nova Constituição foi votada quando o conflito entre o grupo de deputados eleitos pelo Departamento da Gironda (por isso denominados girondinos) e os deputados pertencentes ao clube dos jacobinos (porque se reuniam no antigo convento dos padres jacobinos, na Rua Saint-Jacques, em Paris) atingia o seu paroxismo. Para os girondinos, os direitos individuais deviam sobrepor-se aos sociais. Por isso, não queriam alterar a declaração de 1789, a não ser em pontos secundários. Os jacobinos, ao contrário, pediam que fosse adotado o projeto de declaração de direitos redigido por Robespierre, seu líder em

A tutela completa da liberdade moderna apenas ocorreu com a conquista definitiva do poder político por meio de Napoleão Bonaparte, fato este que representou conceder à burguesia os rumos da Revolução Francesa. Sendo a burguesia a classe dirigente, seus intelectuais elaboraram a Constituição do homem privado, o *Code Napoléon*, o qual instaurava uma ordem jurídica nova atenta à efetivação da liberdade na esfera privada. Essa estrutura jurídica transformava os interesses privados pré políticos em objetivo de toda uma sociedade e do espaço público.

A partir da externalidade dos direitos fundamentais – legitimação política de um sistema social –, construiu-se um ordenamento jurídico com feições privadas. Esse sistema foi concebido com o Código Civil francês, o qual captaria todos os fatos relevantes para a realização da liberdade moderna, assim como teceria categorias abstratas que possibilitarem tratar, de forma absoluta e completa, a propriedade – agora, após o sucesso das revoluções burguesas, adquire, definitivamente, o conceito de bens –, o contrato – o qual torna possível o trânsito jurídico dos bens de acordo com a vontade do indivíduo – e a família – espaço privilegiado para o exercício da liberdade.

Com a vigência do *Code Civil*, acontece a unificação do Direito Civil através de um Código Civil vigente para todo o país, algo “que nenhuma autoridade ou nenhum poder lograra obter em séculos de expectativa”.¹⁵²

Encerrou, ainda, um pluralismo jurídico em que conviviam o Direito Costumeiro e Direito Romano do Código Teodosiano, assim como a aplicação das compilações justinianéias, de inúmeras leis nacionais, do Direito canônico e de vários costumes e praxes jurisdicionais.¹⁵³

Sendo assim, o *Code Civil* pôs fim ao antigo regime corporativista que dificultava o desenvolvimento do capitalismo devido à falta de certeza e à imprevisibilidade típicas de regimes jurídicos díspares e plurais como os do medievo.¹⁵⁴

ascensão, projeto esse que continha um largo reconhecimento dos direitos sociais e, notadamente, declarava a propriedade privada um direito ordinário, portanto livremente modificável pela lei” (COMPARATO, F. K. Obra citada, p. 148).

¹⁵² PERREIRA, Caio Mário. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*, n. 51, jan./mar., p. 11.

¹⁵³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. LXXXVII.

¹⁵⁴ CÂMARA, M. H. In: O. Mezzaroba. Obra citada, p. 266.

Para o nosso estudo, além da relevância formal – unificação do direito – é necessário pontuarmos que, pelo estatuto codificador francês, em seus 2.281 artigos, com os seus 36 livros, os pilares do Código Civil gravitam em torno da categoria jurídica da autonomia da vontade e do direito à propriedade como sacro e inviolável, aos moldes da Declaração Universal do Homem e do Cidadão de 1789. Nas palavras do Professor CORDEIRO:

Os grandes pilares de fundo do Código de Napoleão residiriam nos seus artigos 544 e 1134/1, assim concebidos:

“A propriedade é o direito de gozar e dispor dos bens da forma mais absoluta, desde que não se faça deles um uso proibido pelas leis e pelos regulamentos”.

e

“As convenções legalmente formadas valem como leis para aqueles que as fizeram...”.¹⁵⁵

Após o *Code Napoléon* e com o suporte teórico da Escola da Exegese, ocorreu uma grande onda de codificações na Europa, assim como nos países latino-americanos¹⁵⁶, os quais acabavam de adquirir a sua independência. Esse fenômeno codificador não aconteceu na Alemanha por algumas razões, como a descentralização política e a ausência de Revolução Burguesa. Segundo o Professor CORDEIRO:

No Direito, jogam-se sempre amplas dimensões culturais, pelo que uma codificação requer ainda circunstâncias políticas e universitárias favoráveis.¹⁵⁷

¹⁵⁵ CORDEIRO, A. M. da R. e M. In: C.-W. Canaris. Obra citada, p. LXXXIX-XC.

¹⁵⁶ Em artigo sobre a circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina, a Professora da Faculdade de Direito da UFRGS Véra Maria Jacob de FRADERA aborda as várias e distintas causas dessa circulação de modelos. Em relação ao *Code Civil*, sua acolhida foi quase unânime devido: 1) à sua vocação universal, expressão mais pura e acabada das doutrinas internacionalistas da Escola do Direito Natural; 2) ao momento em que ocorreu a independência das colônias espanholas e portuguesa; e 3) ao relevante papel desempenhado pela cultura e civilizações francesas. No que toca aos fenômenos gerais responsáveis pela adoção de modelos jurídicos (razões válidas tanto para o *Code Civil* como para o BGB), a Professora levanta inúmeros outros motivos econômicos, políticos e da personalidade do legislador. Sobre os fenômenos gerais, pensamos que um dos mais importantes foi a necessidade de adoção do modelo jurídico a fim de tornar possível as trocas econômicas (FRADERA, Véra Maria Jacob de. A circulação de modelos jurídicos europeus na América latina: um entrave à integração econômica no cone sul? *Revista dos Tribunais*, v. 736, fev., p. 22-23.).

¹⁵⁷ CORDEIRO, A. M. da R. e M. In: C.-W. Canaris. Obra citada, p. LXXXV.

A inexistência de uma unidade política no Estado alemão dificultava sobremaneira a confecção de um código único aplicável em todo o território. Apesar de a codificação não ter se apresentado nacionalmente para o Estado alemão até 1900, algumas cidades alemãs, como a Renânia, adotaram o *Code Civil* até o advento do BGB. Os primeiros trabalhos codificadores, por sua vez, os quais duram muitos anos, apenas começaram depois da proclamação do 2º Império alemão por Bismark.

Além dessa questão política, não é possível descurar que a maioria dos intelectuais daquele país eram contrários à adoção do modelo do *Code Civil*. No campo doutrinário, ocorreu a interessante polêmica sobre a adoção ou não de um código civil único para a Alemanha, a qual teve como protagonistas THIBAUT e SAVIGNY.

No 2º Império Alemão, com a efetivação da união política, iniciam-se os trabalhos de desenvolvimento de um código civil único, os quais totalizaram 23 anos de trabalhos intensos e sérios. Na comissão, o jurista Bernhard WINDSCHEID presidiu a primeira fase dos estudos e, com a sua morte, as suas obras serviram de norte aos trabalhos da segunda fase.¹⁵⁸

O *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) acolhe o que há de mais evoluído na ciência jurídica do século XIX: os estudos desenvolvidos pela Escola Histórica Alemã.

Seguindo as premissas traçadas pela pandectista oitocentista, o BGB é composto por cinco livros: Parte Geral, Direito das Relações Obrigacionais, Direito das Coisas, Direito da Família e Direito das Sucessões. Segundo a Professora Véra Maria Jacob de FRADEIRA, a grande inovação do BGB:

(...) é a existência de uma Parte Geral, onde estão reunidas disposições de interesse das diferentes matérias que integram o Direito Civil, como as regras relativas à capacidade das pessoas, aos atos jurídicos, contagem de prazos, prescrição. A Parte Geral do BGB resultou do ensino jurídico ministrado nas universidades alemãs, ensino demasiado dogmático, baseado na Pandectística, que acabou por inovar o Jus Commune em vigor na Alemanha do século XIX, quando seu objetivo era, na verdade, sistematizar esse direito.¹⁵⁹

¹⁵⁸ CORDEIRO, A. M. da R. e M. In: C.-W. Canaris. Obra citada, p. XCV.

¹⁵⁹ FRADERA, V. M. J. de. Obra citada, p. 27.

O Código Civil Alemão, apesar das inúmeras diferenças que somente pontuamos acima, é herdeiro de uma tradição que procura pelo direito legítimo e desenvolver um processo de acumulação de riquezas infindável. Sendo assim, nesse modelo, quando a liberdade de pensamento atrapalha o desenvolvimento da economia, por óbvio essa liberdade não pode ser exercida.

Essa estrutura jurídica patrimonialista foi aplicada pelas decisões de primeiro grau e do Tribunal de Justiça de Hamburgo no caso Lüth. A racionalidade desses julgadores corresponde à visão de que a esfera pública serve para legitimar e promover os interesses privados patrimoniais dos particulares.

Dessa forma, as funções da imprensa, como uma instituição responsável pela expressão da liberdade de pensamento, em vedar o segredo sobre os assuntos públicos, ou colocar o discurso político em debate na construção do mundo comum pela política, buscando desenvolver as qualidades dos seres humanos, ou ser a promotora da verdade factual, ou, ainda, evitar a ruptura totalitária e a desolação, são absolutamente secundárias e não devem ser privilegiadas se afrontarem o processo de acumulação de riquezas.

Salientamos, também, que a intimidade do diretor do filme “Amada Imortal” não é apreciada pelas decisões do primeiro grau e do Tribunal de Justiça de Hamburgo. Em verdade, a exigência de conduta apropriada de Lüth é invocada pelas distribuidoras do filme com o intuito apenas de não prejudicar o lucro que o filme deveria obter.

De forma alguma, as decisões hierarquicamente inferiores procuram defender a intimidade e a vida privada de Veit Harlan como uma esfera necessária ao desenvolvimento da personalidade, da identidade e da individualidade das pessoas, assim como não protegem a intimidade como um espaço subjetivo que permite a reflexão necessária para a vivência do agir e do discurso na política.

Em verdade, a interpretação que concede à ação política de Lüth uma inadequação em relação à exigência de conduta apropriada tutela os interesses patrimoniais de Veit Harlan e das distribuidoras de seus filmes, a fim de não verem frustradas as expectativas de retorno econômico. Nessa hermenêutica, os direitos fundamentais existem apenas para possibilitar que os particulares possam acumular a maior quantidade de riquezas.

Essa racionalidade jurídica não seria equivocada se os direitos fundamentais não tivessem adquirido outra função jurídica, pública e social. Importante lembrarmos que o Fascismo e o Nazismo foram regimes políticos que levaram o desenvolvimento da esfera social às últimas conseqüências, alterando inúmeras normas jurídicas fundamentais para o Estado Democrático de Direito, contudo mantendo a aplicação dos dispositivos dos Códigos Civis.¹⁶⁰ A idéia de nação como uma grande família, a qual torna difícil uma separação clara entre o público e o privado, foi levada aos extremos nesses regimes totalitários.

Através do governo totalitário alemão, implementou-se a satisfação dos interesses pré-políticos a todos os membros da comunidade nacional pertencentes à raça pura, buscando, por outro lado, o extermínio dos seres humanos que não eram considerados dignos de pertencerem à raça superior. Sabemos das inúmeras barbaridades que ocorreram quando poucas nações conquistaram militarmente inúmeros povos soberanos, a fim de promover um processo gigantesco de acumulação de riquezas e homogeneização cultural sem precedentes.

Nesse período histórico, a sociedade claramente pôde ser vista como uma família que seguia os designos de um grande pai, o qual tinha o absoluto poder sobre os membros dessa grande família chamada sociedade moderna (povo) contida num Estado-nação.

Uma resposta à barbárie totalitária foi concedida pelos direitos fundamentais. Na Lei Fundamental Alemã de 1949 (*Grundgesetz*), também conhecida como Constituição de Bonn, observamos no artigo 1º: “a dignidade do ser humano é intangível. Respeitá-la e protegê-la é dever de todo poder estatal. O povo alemão reconhece por conseguinte como invioláveis e inalienáveis direitos do homem como fundamento da comunidade

¹⁶⁰ “Não obstante, deve-se observar que, sem embargo de tudo isso (e de sua linguagem que eminente autor alemão considera seca e artificial, dada a preocupação dominante com a exatidão técnica), o caráter generalizador e abstratizador da técnica legislativa do BGB permitiu talvez ao grande Código sua extraordinária sobrevivência em meio às vicissitudes histórico-políticas por que passou a Nação alemã, sendo o Código que vigorou no tempo do Império, sob a República de Weimar, sob a ditadura nazista e, após a divisão da Alemanha, quer na Alemanha Federal sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e a Social Democracia, quer na República Democrática Alemã (...)” (OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. Obra citada, p. 224).

humana, da paz e da justiça no mundo. Os direitos fundamentais que seguem vinculam legislador, o Poder Executivo e o Judiciário como Direito imediatamente vigente”.¹⁶¹

Já o artigo segundo da Lei Fundamental: “Todos têm direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade, contanto que não violem os direitos alheios e não transgridam a ordem constitucional ou a lei moral. Todos têm direito à vida e à incolumidade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Esses direitos só podem ser limitados com base em lei”.¹⁶²

Nesse contexto histórico, procura-se conceder aos direitos fundamentais função diversa da liberal. Os direitos fundamentais não mais se constituem em garantidores do livre desenvolvimento dos agentes privados responsáveis pela acumulação máxima de riquezas, nem são condições para o desenvolvimento de um ordenamento que, principalmente por meio do Código Civil, promove os interesses privados patrimoniais, sendo pouco relevante a proteção dos valores fundamentais do homem moderno, como a intimidade.

Esse modelo jurídico, o qual reflete a aceitação de que a razão do desenvolvimento social e político é somente a realização de objetivos pré-políticos, foi desacreditado. Percebe-se que a construção da política como possibilidade de um agir discursivo que procura a construção de um mundo comum sem violência ou força é necessária.

Por meio dessa racionalidade, os direitos fundamentais são inseridos em Constituições, como a alemã. Esses direitos são, então, calcados numa concepção personalista do direito. Conforme explicam os Professores José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, a concepção personalista reconhece que

¹⁶¹ Trecho em alemão traduzido pelos Professores José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Franciso MUNIZ: “Artikel 1 [Menschenwürde; Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt] (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”.

¹⁶² Trecho em alemão traduzido pelos Professores José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Franciso MUNIZ: “Artikel 2 [Allgemeine Handlungsfreiheit; Freiheit der Person; Recht auf Leben] (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden”.

os seres humanos não podem constituir-se apenas como centro de imputação jurídica, e sim como um dado pré-existente ao sistema que por serem (ontologia) recebem, “naturalmente”, a dignidade intrínseca (axiologia) a todos os seres humanos.¹⁶³

É preciso ressaltarmos que a resposta à barbárie totalitária não foi apenas a alteração da concepção dos direitos fundamentais, mas, também, a compreensão que somente há Estado de Direito se os direitos fundamentais, principalmente os da personalidade, formarem as estruturas da sociedade e do Estado.¹⁶⁴

Sendo assim, a independência da magistratura adquire outro significado, pois deve dizer o direito no caso concreto, a fim de defender a pessoa, “se necessário, em contradição com as próprias razões de Estado, na defesa da pessoa. Ele (juiz) há de ser um servidor do Homem muito mais que um servidor do Estado”.¹⁶⁵

A jurisdição constitucional, assim, pauta-se na efetiva garantia da democracia, entendendo-a como a concretização de uma carga axiológica de valores que se encontram, principalmente, nos direitos fundamentais. Essa é a compreensão de Sergio Fernando MORO, o qual afirma que democracia representa o autogoverno do povo, contudo não “é possível falar em autogoverno dos judeus na Alemanha nazista, ainda que eles tenham participado das eleições que levaram Hitler ao poder”.¹⁶⁶

Dessa forma, os direitos fundamentais, por meio da sua aplicação através do poder judiciário, podem garantir a vigência da democracia ainda que contra a maioria. Buscam, então, uma constante igualdade e liberdade entre todos os membros da sociedade, respeitando a pluralidade e a diversidade tão atacadas pelo conformismo social.

Somente através da aplicação dessa racionalidade na construção do mundo comum, o direito à informação e o direito à intimidade e à vida privada adquirem caráter emancipatório, não sendo cooptados pelos interesses privados pré-políticos.

O direito à informação é, então, um instrumento importante na visibilidade da esfera pública, impedindo a ocultação do processo de decisão política e possibilitando a

¹⁶³ OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. Obra citada, p. 226.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. Idem, p. 233-235.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. Idem, p. 236.

¹⁶⁶ MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*, p. 116.

sua crítica. Isso permite a diminuição do irracionalismo político pautado apenas na vontade de poucos e na submissão de muitos.

O fenômeno da desolação é também evitado pelo correto exercício do direito à informação, já que busca a visibilidade dos assuntos políticos, os quais devem ser comuns. Ainda possibilita a vivência, nos assuntos públicos, da verdade factual.

Por outro lado, essa nova estrutura jurídica, complementarmente, respeita a relevante intimidade dos seres humanos, a qual permite o moderno desenvolvimento da identidade, da personalidade e da intimidade, além de ser uma condição de possibilidade para um agir esclarecido das pessoas através de uma prévia reflexão individual.

Creemos que a decisão do Tribunal Federal Constitucional, o qual foi criado pela Lei Fundamental, a mesma que transformou os direitos fundamentais na estrutura da sociedade e do Estado alemão, é tributária dessa racionalidade emancipatória.

Acertadamente, no caso Lüth, o judiciário compreendeu que a axiologia constitucional deve pautar as relações interprivados, compreendendo que a falsa separação entre direito público e direito privado serve para legitimar a visão patrimonialista do direito.

Neste julgado, o Tribunal Federal Constitucional afirmou que os tribunais civis podem lesar a liberdade de expressão – direito fundamental – ao aplicarem cegamente as regras de Direito Privado. Isso ocorreu no momento em que o Tribunal de Hamburgo desconsiderou o direito fundamental de Lüth à livre expressão, ignorando o significado deste direito fundamental nas relações jurídico-privadas, ou seja, na relação de dois titulares de direitos fundamentais (cidadãos).

Os direitos fundamentais, nesta interpretação judicial, representam além de direitos individuais oponíveis ao Estado, uma ordem de valores objetiva, a qual possui seu centro na dignidade da pessoa humana e no livre desenvolvimento da sociedade. Sendo assim, as liberdades, garantias e direitos informam todo o ordenamento através dos valores contidos em suas disposições, influenciando, no Direito Civil, “no sentido de que

nenhum dispositivo jurídico-civil possa lhe ser contrário, além de impor uma interpretação conforme a Constituição".¹⁶⁷

Ainda segundo o Tribunal Federal Constitucional, o conteúdo dos direitos fundamentais – enquanto normas objetivas – concretiza-se no Direito Privado através dos dispositivos deste ramo do direito, o qual se vale de disposições jurídico-privadas imperativas e que integram, de forma ampla, a ordem pública. A concretização desses direitos utiliza-se, também, das cláusulas gerais, que funcionam como pontos de entrada/ingresso – *Einsbruchstellen*, lição de Dürig¹⁶⁸ – no Direito Civil.

Dessa forma, em litígio envolvendo direitos e deveres decorrentes de normas privadas, ainda que influenciado pelos direitos fundamentais, deve o juiz examinar os dispositivos legal-privados a serem aplicados no caso e observar se materialmente recebem a devida influência dos direitos fundamentais. Sendo assim, a aplicação das normas privadas deve estar atenta à necessária influência desses direitos, uma vez que o juiz civil também se encontra vinculado a eles em razão da escala objetiva de valores.

Caso o juiz não atue da forma prescrita, suas decisões são passíveis de reclamação constitucional endereçada ao Tribunal Federal Constitucional Alemão, o qual apreciará se a decisão considerou o efeito irradiante, no Direito Privado, dos direitos fundamentais, já que todos os atos públicos devem ser realizados em conformidade com os direitos fundamentais.

Ao Tribunal Federal Constitucional entender que Lüth tem o direito de manifestar sua opinião, a qual claramente procura construir um mundo comum que vai além dos interesses privados, demonstra a necessidade do Estado garantir a alteração da lógica patrimonialista na sociedade.

Ocorre que, como vimos nesta monografia, não nos parece que o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação são compreendidos e aplicados conforme o cânone personalista advindo, principalmente, do influxo humanista do pós-guerra.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. 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*, p. 124-125.

¹⁶⁸ SARLET, I. W. In: ____ *Obra citada*, p. 125.

Em verdade, pensamos que a constante colisão desses direitos fundamentais representa um desvio de função. Como asseveramos nos capítulos anteriores, o direito à informação não cumpre o seu papel no Estado Democrático de Direito. A constante invasão que promove na esfera privada, além de ser contrária a sua função e violar outro direito fundamental, o qual é limitador do exercício da liberdade de imprensa, atrapalha o controle da opinião pública sobre a construção do mundo comum, assim como a comprovação da verdade factual nos assuntos políticos.

A intimidade e a vida privada, por sua vez, são valores que o conformismo social está conseguindo transformar em secundários. O papel fundante que possuem para a constituição da pessoa é posto de lado, tornando-se banal a publicidade da intimidade, levando luzes ao que precisa das sombras para se desenvolver adequadamente.

Ainda, não podemos esquecer que os assuntos privados, como a intimidade e a vida privada, são pautados no princípio da exclusividade, o qual é vivido pela emoção, dotada de grande carga subjetiva. A emoção é nociva ao desenvolvimento dos assuntos públicos, sendo outra razão para não ser publicizada.

Apesar de sabermos do importante papel que os direitos fundamentais deveriam exercer no Estado e na sociedade contemporânea, e compreendermos que sua fundamentação filosófica encontra-se na realização da emancipação humana contra todas as formas de opressão, cremos que a prática não corresponde à teoria. Os direitos fundamentais, em grande parte da sua aplicação, não romperam com sua função de promotores da acumulação de riquezas infundável.

Dessa forma, não observamos um conflito entre interesse público (direito à informação) e bens essenciais ao desenvolvimento da personalidade humana (direito à intimidade e à vida privada). O que cremos existir é uma cooptação desses dois direitos pela esfera social, buscando a constante e infundável acumulação de riquezas para poucos em detrimento da maioria.

CONCLUSÃO

A emancipação da pessoa humana de todas as formas de opressão encontrase longe de ser alcançada contemporaneamente, apesar de todas as mudanças sociais e políticas realizadas desde a Segunda Guerra Mundial. Após o conjunto de barbaridades ocorrido, os seres humanos obrigaram-se a repensar suas ações políticas e privadas.

Nesse importante processo de reflexão coletiva, tornou-se claro a insuficiência da construção cotidiana de um mundo comum pautado apenas no processo de acumulação de riquezas infindável e bastante em si mesmo. Não se trata de um ideal proposto pela humanidade redimida, e sim uma consequência lógica advinda da análise da verdade factual, produto da história política recente.

Durante a Segunda Guerra Mundial, com ênfase nos países do eixo Alemanha Itália-Japão, o direito à informação não era exercido com o objetivo de promover a publicidade dos assuntos públicos; permitir a crítica das construções da ação política; fomentar o pluralismo ideológico; e estabelecer a verdade factual.

Dessa forma, devido às consequências indesejadas resultantes da negativa estatal ao livre exercício do direito à informação, esse direito foi transformado num dos direitos mais importantes à construção de um mundo comum capaz de promover as qualidades humanas. Assim, findada a guerra, as declarações e as convenções internacionais começaram a proclamá-lo.

Nas Constituições, esse direito foi positivado, sendo-lhe, ainda, concedido papel de relevo na refundação dos Estados nacionais, agora sob as vestes do Estado Democrático de Direito. No mesmo processo de reflexão social que afirmou a importância do direito à informação, gestou-se a ação política que reconhecia a dignidade intrínseca dos seres humanos e exigia a promoção desse valor pelos agentes públicos e privados.

Sendo assim, as Constituições receberam um conjunto de direitos humanos que tinham por fim realizar e proteger os bens essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Os direitos que tutelaram esses bens foram designados de direitos fundamentais.

Dentre os inúmeros direitos fundamentais relevantes na concretização do livre desenvolvimento da personalidade, o direito à intimidade e à vida privada é um dos mais importantes. A intimidade é o principal componente da esfera privada contemporânea e uma descoberta positiva da época moderna.

É por meio da intimidade que o ser humano, desde a modernidade, desenvolve sua individualidade, identidade e personalidade. Não cremos que exageraríamos se asseverássemos que a intimidade constitui grande parte dos assuntos individuais relevantes. Também, a intimidade instaura a importante reflexão individual que permite uma atuação política esclarecida.

A categoria dos direitos fundamentais, a qual contém o direito à informação e o direito à intimidade e à vida privada, teve suas funções modificadas substancialmente. Desde o liberalismo, os direitos fundamentais constituem-se em proposições jurídicas promotoras e legitimadoras de uma estrutura jurídica responsável pela acumulação infundável de riquezas, despreocupada com a realização das qualidades humanas essenciais.

Essa estrutura jurídica patrimonialista corresponde aos anseios modernos de transformar a esfera pública em mera partícipe da realização de interesses privados pré-políticos. Conforme ressaltamos no trabalho, especialmente no segundo capítulo, houve uma grande alteração dos espaços público e privado na modernidade, em relação ao pensamento ocidental antigo.

Desde a Antigüidade, a esfera pública era o local onde os seres humanos construía um mundo comum pela política. Na vivência da vida política, ocorria o desenvolvimento da individualidade humana através do agir e do discurso. Por meio da persuasão, os indivíduos, além de demonstrarem aos outros iguais a relevância das suas opiniões e da sua presença naquela comunidade, negavam a prática da violência e da força na *polis*.

A violência e a força eram características do espaço privado, vivido, principalmente, na cidade-estado grega a partir do século V a.C. Os membros da comunidade pré-política (família), em seu espaço próprio (esfera do lar), podiam utilizar-se da força e da violência com o objetivo de saciar as necessidades humanas típicas de sua condição biológica de espécie.

Sendo assim, a força era lícita no espaço da casa, porém vedada na esfera pública. Como a esfera pública era composta por uma quantidade reduzida de pessoas (homens, livres, ricos, não-estrangeiros e chefes de família) que obtiveram a superação das relações privadas (carências relativas às necessidades pré-políticas), inexistia razão para o uso da força na *polis*.

No entanto, com o advento da esfera social na época moderna, a função da política como promotora da individualidade humana e da ação pela negação da violência e da força, assim como construtora de um mundo comum que desenvolvesse as qualidades humanas, alterou-se.

O que Hannah ARENDT designa como esfera social é a colonização da esfera pública em função de interesses patrimoniais pré-políticos. Esses interesses fazem com que o espaço público funcione em razão de um processo infundável de acumulação de riquezas.

Importante frisar que, com o advento da esfera social, a riqueza não é uma condição de possibilidade para os seres humanos pré-políticos participarem da vida pública, a qual concede aos membros da comunidade igualdade e liberdade, que apenas podem ser vividas na construção coletiva política. Em verdade, a riqueza em si mesma é a própria razão de ser do mundo moderno.

Nesse mundo moderno, ser igual não é participar da construção de um mundo comum pela política, mas a igualdade que todos os seres humanos possuem em sofrer o poder despótico do chefe de família. Contemporaneamente, a sociedade moderna representa uma grande família, a qual é comandada pelo interesse único social.

A forma política da grande família é o moderno conceito de nação, sendo que ao Estado compete o papel de administrar os interesses privados patrimoniais e organizar o processo coletivo de superação das necessidades típicas da espécie humana a todos os membros do contrato social.

A liberdade, por sua vez, não é a superação da privação vivida no espaço privado que impedia o desenvolvimento das qualidades humanas, mas o exato oposto, ou seja, ser livre é viver somente nas relações pré-políticas.

O processo de acumulação de riquezas proposto pela esfera social utilizou a categoria dos direitos fundamentais para legitimar esse modelo social, assim como para

promover, principalmente após as revoluções burguesas, a construção de uma estrutura jurídica compatível com os interesses patrimoniais.

A partir da externalidade dos direitos fundamentais, o Código Civil pode ser pensado e implementado nos Estados modernos. O Código Civil realiza a unificação do sistema jurídico, criando um conjunto de normas válidas para todas as classes sociais em todo o país. Assim, termina com a imprevisibilidade do ordenamento jurídico plural típico do feudalismo.

Além do importante papel formal que os códigos representaram (unificação do direito no território nacional), o conteúdo das normas promovia, através da disciplina da família, do contrato e da propriedade, o processo de acumulação de riquezas infundável.

Interessante notarmos que é por meio da mesma categoria que auxiliou a colonização do mundo público pelos interesses patrimoniais (direitos fundamentais) que a sociedade e o Estado procuram promover a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Na filosofia do direito, os direitos fundamentais, como resposta humanista às barbaridades causadas diretamente pela Segunda Guerra Mundial e indiretamente pelo processo histórico de acumulação de riquezas, tornam-se o conteúdo axiológico que deve ser defendido e realizado nos regimes democráticos, encontrando-se na estrutura do Estado Democrático de Direito. Por meio da função emancipadora dos direitos fundamentais, os Estados procuram pautar suas ações e exigir o respeito dos particulares aos bens essenciais de outros indivíduos e da minoria.

A nova função concedida aos direitos fundamentais corresponde à tentativa de formar uma estrutura jurídica promotora da emancipação humana. Nessa estrutura, o direito à informação seria um direito público, já que estaria empenhado na construção de um mundo comum que desenvolvesse as qualidades dos seres humanos.

Dessa forma, através da publicidade dos assuntos públicos, poderia evitar outra ruptura totalitária, o irracionalismo político e fenômeno da desolação (quando a intimidade não pode ser vivida e o homem não consegue intervir socialmente devido à impossibilidade de uma reflexão individual). Além dessas funções, é responsável pela crítica das ações políticas e a defesa da verdade factual, através da qual a história pode ser uma fonte inesgotável de soluções aprendidas com os erros e acertos históricos.

O direito à intimidade e à vida privada, por sua vez, seria entendido como o aspecto mais relevante da vida privada moderna. A intimidade, ao representar o desenvolvimento da individualidade moderna, seria composta pelas decisões essenciais dos seres humanos que não podem ser pautadas pela racionalidade, e sim pela emoção.

Por meio da emoção que os seres humanos escolhem seus amigos e as pessoas que querem passar sua vida (companheiros), concretizando relações de carinho, ternura e afeto. Essas escolhas devem ser protegidas do conhecimento alheio, já que são formas necessárias do indivíduo fugir do conformismo social reinante na esfera social e desenvolver sua personalidade.

Se esses dois direitos fossem exercidos nesses moldes, quando entrassem em colisão, existiria conflito real entre direitos fundamentais, além de observarmos um confronto direto e claro entre as esferas pública e privada. Isso ocorreria já que o direito à informação estaria empenhado na construção de um mundo comum pela política e o direito à intimidade e à vida privada protegendo o valor central da esfera privada moderna.

No entanto, apesar de a fundamentação filosófica e política dos direitos fundamentais contemporâneos remeter-se ao seu papel emancipatório, a sua prática reflete seu caráter opressor.

Como pontuamos nesta monografia, além do direito à informação não cumprir seu papel emancipador, seu exercício representa a perpetuação da estrutura jurídica promotora do processo de acumulação de riquezas. Constantemente, observamos a liberdade de informação jornalística (a moderna representação da liberdade de expressão) invadir sistematicamente a intimidade e a vida privada de pessoas famosas, agentes públicos e até de pessoas comuns.

Assim, as atividades realizadas pelas empresas jornalísticas trazem a público assuntos que deveriam permanecer ocultos, já que a esfera íntima precisa das sombras para florescer adequadamente. Ainda, ao não tratarem de assuntos relevantes à construção do mundo comum pela política, vinculando fofocas e bisbilhotices, focalizam os olhares sociais em assuntos supérfluos quando os relevantes passam despercebidos.

Importante notarmos, também, que não é apenas o exercício do direito à informação que não corresponde à sua fundamentação filosófica. Devido à alteração social que o valor intimidade sofreu, parece-nos que o papel emancipatório do direito à intimidade e à vida privada recebeu sérios golpes.

A oposição individual das pessoas contra a opressão realizada pelo conformismo social, a fim de padronizar as condutas e as omissões que promovem o interesse único da sociedade, diminuiu significativamente. As pessoas, contemporaneamente, possuem uma enorme vontade em conhecer a intimidade da vida alheia, assim como expor a sua.

Sendo assim, a intimidade não representa, como para ROUSSEAU, a rebelião do indivíduo contra a perversão da sociedade e, por conseqüência, o necessário espaço subjetivo em que os homens modernos podem desenvolver sua individualidade, identidade e personalidade.

Com o estudo do caso Lüth, observamos a existência de duas estruturas jurídicas bem distintas, sendo a primeira promotora dos interesses privados pré-políticos e a segunda, da emancipação humana. Apesar de o direito à intimidade e à vida privada e de o direito à informação encontrarem sua fundamentação filosófica na segunda estrutura, seu exercício representa a hegemonia da primeira.

Dessa forma, devido ao exercício desses direitos contribuírem para a perpetuação de um sistema opressor que objetiva realizar a acumulação de riquezas de poucos em detrimento das necessidades básicas da maioria, não conseguimos observar um conflito entre público (mundo comum construído pela política e pensado para desenvolver as qualidades humanas) e privado (proteção da intimidade, valor mais relevante da esfera privada moderna).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Teodoro Bastos de. *O Direito à privacidade e a proteção de dados genéticos: uma perspectiva de direito comparado*. *Boletim da Faculdade de Direito Coimbra*: Coimbra, v. LXXIX, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

_____. *Homens em tempos sombrios*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de; BORGES Fo, Nilson (Orgs.). *Gramsci: estado, direito e sociedade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A reserva da intimidade da vida privada e familiar*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. V. XLIII. n. 1. Coimbra: Coimbra, 2002.

BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. *Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo*. In: Carmem Lucia Silveira Ramos (Org.) et al. *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. 3. ed. Obras escolhidas. V. 1. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CÂMARA, Marcelo Henrique. *Estado liberal e autonomia da vontade: o papel dos intelectuais orgânicos na formação e consolidação do direito burguês pós revolucionário*. In: Orides Mezzaroba (Org.). *Gramsci: estado e Relações Internacionais*. Florianópolis: Fundação Bouiteux, 2005.

CANALI, Dario. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de estado em Marx, Lênin e Gramsci*. Tradução de Luciano Gruppi. [s.l.]:LePM, [s.d.].

- CANEVACCI, Massimo (Org.). *Dialética da Família*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, [s.d.].
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. 4. ed. São Paulo: Papirus, 1994
- CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Direitos de personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver*. Curitiba, 1993. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- _____. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- COSTA, José de Faria. Os meios de comunicação (correios, telégrafo, telefones ou telecomunicações), o segredo e a responsabilidade penal dos funcionários. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra, v. LXXII, 1996.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: política e filosofia em Hannah Arendt*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. São Paulo: Renovar, 2000.
- _____. Ensino jurídico e direitos fundamentais: idéias para a libertação pelo conhecimento. In: Centro Acadêmico Hugo Simas. *Revista de Ensino Jurídico e Reforma Curricular*. Curitiba: CAHS, 2005.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *A história da sexualidade: o cuidado de si* 7. ed. Tradução de Maria Theresa da Costa Albulquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A circulação de modelos jurídicos europeus na América latina: um entrave à integração econômica no cone sul? *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 86, v. 736, fev., 1997.

FREITAG, Bárbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, [s.d.].

GALUPPO, Marcelo Campos. O Direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 13, jan./mar., 2000.

GEDIEL, José Antônio Peres. Autonomia do sujeito e biopoder. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.) et al. *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

HOBBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia jurídica*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Címbra, 1988. v. 4.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1980.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004.

MOTA PINTO, Paulo. O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra, v. LXIX, 1993.

MOTA PINTO, Paulo. Publicidade domiciliária não desejada: “junk mail”, “junk calls” e “junk faxes”. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra, v. LXXIV, 1998 .

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco. O Estado de direito e os direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* Curitiba: [s.n.], ano 19, n. 19, 1978-1980.

PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. In: Ingo Wolfgang Sarlet. *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. introdução ao direito civil constitucional 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERREIRA, Caio Mário. *Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial*. [s.l.]:[s.n.], ano 14, n. 51, jan./mar., 1990.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O contrato social*. São Paulo: Victor Civita, 1983.

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.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.

SANTOS, Laymert Garcia. *Politizar as novas tecnologias o impacto sócio-técnico da informação digital e genética*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. 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*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCHMITT, Rosane Heineck. Direito à informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *A constituição concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. Tradução de Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

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

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *El derecho a la intimidad*. Tradução de Benigno Pendás e Pilar Baselga. Madrid: Civitas, 1995.