WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

UNIVERSIDADE SALVADOR
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

CAMILO CHIANCA DE OLIVEIRA AZEVEDO

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE EM FACE DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO: APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Salvador
2009

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

CAMILO CHIANCA DE OLIVEIRA AZEVEDO

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE EM FACE DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO: APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Salvador, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gustavo Prazeres

Salvador
2009

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILO CHIANCA DE OLIVEIRA AZEVEDO

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE EM FACE DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO: APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Universidade Salvador - UNIFACS, pela seguinte banca examinadora:

_____

_____

_____

Salvador, de de 2009

AOS MEUS PAIS E AO MEU IRMÃO, PELO CARINHO E POR OUTRAS RAZÕES QUE AS PALAVRAS NÃO ALCANÇAM.

AGRADECIMENTOS

Ao professor GUSTAVO PRAZERES, professor orientador deste trabalho, pela paciência e tempo despendidos, bem como a atenção emprestada as não raras dúvidas e angústias, desde o momento da escolha do tema e problema até as últimas linhas desta monografia. Em momentos de desconforto e ansiedade com a formatura que se avizinha e a necessidade de desenvolver um trabalho acadêmico deste porte, foi figura importante, sobretudo como guia nesta caminhada, oferecendo todo o suporte necessário, seja de referências atinentes ao tema, seja através dos muitos conselhos e críticas construtivas. Por todas estas razões, fica um sincero agradecimento.

"POSSO ATE NÃO MUDAR O MUNDO, MAS TAMBÉM NÃO VOU DEIXAR ELE ME MUDAR.”

CAMILO CHIANCA

RESUMO

Trabalho acadêmico desenvolvido analisando o não raro conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de informação, ambos consagrados na Constituição Federal de 1988 com o *status* de direito fundamental. Este conflito é considerado à luz da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de modo que, se um ente privado está obrigado a respeitar direito fundamental de outro particular, terá, inevitavelmente, um direito fundamental seu, oposto ao direito do outro, mitigado. Nestes termos, tem-se que obrigar um particular a preservar a liberdade de informação de outro é tolher o seu direito à privacidade, e vice-versa. Com efeito, o trabalho busca delimitar os conceitos de cada direito em choque, no caso, a fim de se aferir em que medida há esse conflito, se é que, de fato, ocorre. Destarte, tem-se que a privacidade abrange os direitos à vida privada e à intimidade, direitos que, embora parecidos, possuem conteúdos distintos, ainda que todos sejam amparados pelo manto constitucional. Em verdade, estão inseridas um no outro como círculos de igual centro e diâmetro distintos, sendo a privacidade o círculo de conteúdo mais amplo em que está imersa a vida privada que, por sua vez, contém a esfera da intimidade, porção de menor extensão da privacidade. A liberdade informação, a seu turno, cuja definição passou por diversas modificações ao longo tempo, constitui direito fundamental que, expressamente, já é limitado à observância de parâmetros previstos na Carta de 1988. Assim, busca-se, por fim, tentar prever situações em que possam entrar em embate estes interesses constitucionalmente protegidos, bem como criar técnicas de conformação entre eles e produzir *standards* de interpretação que possam auxiliar o aplicador do Direito quando se deparar com casos semelhantes.

Palavras-chave: direitos fundamentais; eficácia horizontal; privacidade; liberdade de informação.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11

2 DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 14

2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 14

2.1.1 A Carta de 1988 no tempo: ligeira contextualização histórica 14

2.1.2 Aspectos principiológicos e teleológicos 15

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS 18

2.2.1 Evolução histórica da aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares 18

2.2.1.1 O mundo: primeiras discussões acerca do tema 18

2.2.1.2 O Brasil: construções sobre o tema na doutrina e jurisprudência pátrias 21

2.2.2 Eficácia privada dos Direitos Fundamentais à luz da Carta de 1988 23

2.2.3 Aplicabilidade mediata/imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas 25

3 DO DIREITO À PRIVACIDADE 34

3.1 ESBOÇO HISTÓRICO DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE 34

3.2 ESFORÇO TERMINOLÓGICO 36

3.2.1 Direito à privacidade 38

3.2.1.1 Sigilo fiscal e financeiro 39

3.2.1.2 Sigilo aos dados e registros de comunicação 41

3.2.2 Direito à vida privada 41

3.2.3 Direito à intimidade 42

3.2.3.1 Sigilo profissional 45

3.2.3.2 Sigilo do conteúdo de comunicação 46

3.2.3.3 Inviolabilidade de domicílio 47

3.2.3.4 Direito de não ser incomodado 49

3.3 PROTEÇÃO À PRIVACIDADE À LUZ DA CARTA DE 1988 49

4 DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO 51

4.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO 51

4.2 LIBERDADE DE IMPRENSA 52

4.2.1 Origem 52
4.2.2 Conceito e relevância social 54
4.3 DESDOBRAMENTOS DA LIBERDADE DE INFORMAÇÂO 55
4.3.1 Liberdade de informar 56
4.3.2 Liberdade de informar-se 57
4.3.3 Liberdade ao acesso à informação 59
4.4 PROTEÇÃO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NA CARTA DE 1988 60
5 DIREITO À PRIVACIDADE X LIBERDADE DE INFORMAÇÃO 63
5.1 APARENTE CONFLITO ENTRE NORMAS 63
5.2 PONDERAÇÃO COMO TÉCNICA DE CONFORMAÇÃO DE REGRAS 68
5.3 TENTATIVA DE CRIAÇÃO DE PADRÕES DE INTERPRETAÇÃO 73
6 CONCLUSÃO 80
REFERÊNCIAS 82

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende se debruçar sobre a convivência, não raro conflituosa, entre o direito à privacidade e a liberdade de informação. É dizer, posto que ambos são consagrados com *status* de direito fundamental na Constituição Federal, em que medida deve-se afastar a aplicação, *in casu*, de um direito em favor de outro prevalente.

Este embate entre os referidos direitos fundamentais é analisado neste trabalho sob a ótica da eficácia horizontal das normas que os prevêem. Em outras palavras, aspira-se conferir se, à luz da principiologia social da atual Constituição Federal pátria, que se impõe não apenas como um freio ao autoritarismo estatal, mas também como um propulsor do desenvolvimento da sociedade, andando à frente das Cartas Magnas tradicionais, é possível se estabelecer os particulares como destinatários das normas que definem os direitos constitucionais.

Neste espeque, em se entendendo que há a vinculação dos particulares aos referidos direitos, o problema do trabalho consiste justamente em determinar em que medida pode ser exigido de outro particular o respeito à norma que protege o direito à privacidade, de endereço constitucional, em especial quando se tem, do outro lado, legítima pretensão fundada na liberdade de informação.

Assim, busca-se conformar os interesses em choque, lançando mão de ferramentas disponíveis no ordenamento jurídico, bem como tentar criar padrões de interpretação capazes de, não solucionar o embate, posto que apenas no caso concreto dar-se-á a correta solução, mas criar paradigmas de casos a serem verificados no suporte fático posto a exame em que, em tese, deve o aplicador do Direito se aproximar mais de um ou outro direito.

Com efeito, o trabalho se apresenta como de grande importância para o âmbito acadêmico, vez que propicia, de antemão, uma revisão acerca dos fundamentos principiológicos e teleológicos da Constituição Brasileira, revisitando as propostas trazidas pela Carta Magna à luz da tardia concepção de Constitucionalização do Direito Privado. É dizer, traz um solo fértil para discussões que irão fomentar a efetividade do texto fundamental, sobretudo nas relações entre particulares, campo em que tradicionalmente imperou a Autonomia da Vontade. Com efeito, como toda

discussão acerca da Constituição, vem desenvolver as noções de Cidadania e Humanismo.

Por outro lado, do ponto de vista prático, o trabalho também demonstra a sua importância, vez que é bastante comum o choque entre o direito à privacidade e a liberdade de informação nos dias atuais. Numa sociedade recém saída de um Estado totalitário ditatorial, em que reinou a censura aos meios de comunicação, a liberdade da informação – sobretudo consubstanciada na liberdade de imprensa – é, por vezes, exercida de maneira exagerada. Destarte, aliada a inerente curiosidade humana pela vida alheia, não raro vem se agredindo o direito à privacidade de outrem fundando-se em pretenso exercício regular de direito, garantido constitucionalmente.

Assim, diante das inúmeras ações constantemente ajuizadas a fim de se reparar os danos causados à privacidade por força desta situação, importante torna-se traçar parâmetros mínimos que sirvam de norte para o aplicador do Direito quando, no caso concreto, se deparar com o conflito dos interesses em apreço.

Destarte, constitui objetivo principal do trabalho a delimitação do direito à privacidade e da liberdade de informação, verificando até que ponto o titular de um destes direitos pode exigir do Estado ou de outro particular a sua observância. É dizer, busca-se constatar se os direitos fundamentais podem ser considerados como absolutos e, em não sendo, em que medida eles podem ser relativizados, sobretudo quando em choque com outros direitos alçados ao mesmo *status* de direito fundamental.

E, nesta tarefa, inicia-se o trabalho verificando as características principiológicas e teleológicas da Carta de 1988, à luz do momento histórico em que está inserida, a fim de se fazer um estudo das teorias acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sob a ótica da própria Constituição Federal de 1988. É dizer, analisa-se qual das teorias melhor se aplica à realidade consagrada no atual Texto Fundamental da República.

Com efeito, uma vez verificada a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, passa-se a buscar uma conceituação e delimitação do âmbito da proteção constitucional de cada direito fundamental em apreço – primeiramente com o direito à privacidade e, após, com a liberdade de informação.

Em ato contínuo, chega-se, finalmente, ao ápice do trabalho. Assim, no último capítulo de desenvolvimento, busca-se analisar o choque dos direitos fundamentais em questão, verificando técnicas de conformação, consideração de situações freqüente de colisão entre eles e, por fim, tenta-se criar *standards* de interpretação.

2 DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1.1 A Carta de 1988 no tempo: ligeira contextualização histórica

A promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 não aconteceu por acaso, assim como todas as outras Constituições que a antecederam, devendo ser enxergada como fruto do ambiente histórico em que se insere. Em tempo, todos os fatos históricos decorrem de uma série de motivos anteriores que lhe dão fundamento e sem os quais não é possível alcançar seu real significado e importância.

O Brasil, desde o golpe militar de 1964 vinha sendo governado pelas forças militares, usando sempre do expediente da força e da opressão para manter a ordem pretendida pelos ditadores. Reinava, à época, no país, a censura às liberdades de manifestação de pensamento e de informação; e o círculo das garantias individuais cada vez mais eram comprimidas.

A situação se agravou ainda mais quando da edição do Ato Institucional nº 5 (AI 5), em 1968, o quinto de uma série de decretos que, em linhas gerais, recrudesciam mais o já rígido regime de governo. O AI 5 foi baixado durante o Governo Costa e Silva em retaliação à Câmara dos Deputados, que havia entendido por não permitir que um deputado que havia proferido discurso convocando o povo para boicotar as festividades de 7 de setembro fosse processado. Dentre outras medidas previstas no AI 5, estavam o fechamento do Congresso Nacional por prazo indeterminado, a proibição de qualquer reunião de feições políticas, a intervenção por interesse nacional nos Estados e Municípios e a suspensão do *habeas corpus* em caso de crimes políticos.

A partir de 1974, o então presidente Ernesto Geisel começa a sinalizar com abertura política de forma segura e gradual, em virtude da crise econômica em que se encontrava o país e as fortes pressões sociais. A este processo de abertura política foi dado seguimento no Governo Figueiredo, que aprovou a lei de anistia e reinstituiu o multipartidarismo.

Sobre este processo histórico narra José Afonso da Silva (2008, p. 88):

> A luta pela normatização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.

E, por fim, em 1985, com a eleição de Tancredo Neves como Presidente da República, encerra-se o regime militar com a completa abertura política.

É nesse ambiente, pois, que nasce a Constituição de 1988. Convocados os membros do Congresso Nacional por meio da Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985. Dando continuidade ao processo de transição, instaura-se a Assembléia Nacional Constituinte a quem é dada a incumbência de novamente inserir o país na democracia e extirpar os traços do autoritarismo militar ainda presentes no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, em 05 de outubro de 1988, é publicada no Diário Oficial da União, como resultado do trabalho do Poder Constituinte originário, a vigente Constituição Federal.

2.1.2 Aspectos principiológicos e teleológicos

A Constituição Federal de 1988 não só inovou o ordenamento jurídico do Estado brasileiro – característica inerente a qualquer Constituição, vez que inaugura um novo ordenamento, montando princípios basilares do próprio sistema e dispondo da organização estatal –, mas também, indo de encontro aos tradicionais textos fundamentais, não se contentou em somente delinear a noção de Estado do país.

É dizer, a Carta Magna brasileira foi além dos requisitos básicos necessários para configurar-se como Constituição, nos termos da moderna teoria constitucionalista que permeou as Constituições liberais, trazendo princípios, normas jurídicas de conceito aberto, normas programáticas e metas de desenvolvimento do Estado e da sociedade.

Assim, em virtude do seu caráter eminentemente principiológico e social, é de se

pensar que muitos dos seus dispositivos não se dirigem tão-somente ao Estado, mas também aos particulares. É que, a forma como se apresenta a atual Constituição, buscando lançar mão de ferramentas que possam desencadear o desenvolvimento social e pródiga na positivação de princípios e normas que instituem e garantem direitos fundamentais, exige que seus objetivos sejam efetivamente alcançados. E para atender os objetivos sociais traçados pelo Texto Fundamental, faz-se necessário dar o máximo de eficácia aos direitos fundamentais por ele positivados, sobretudo, exigindo-se observância por parte de todos os sujeitos, sejam estatais, sejam privados.

No que tange o caráter principiológico da Carta de 1988, o entendimento aqui consignado diverge do entendimento de Humberto Ávila (2009), que enxerga a Constituição, em rigor, em se querendo adotar um adjetivo, regulatória e não principiológica:

> [...] a Constituição Brasileira de 1988 tem princípios e regras, cada qual com funções diferentes, não se podendo falar, desse modo, da primazia de uma norma sobre outra, mas, tão-só, de funções e eficácias diferentes e complementares. No entanto, seguindo o modelo aqui criticado, caso se insista em escolher um rótulo que melhor represente a estrutura normativa típica da Constituição Brasileira de 1988, no aspecto quantitativo, ele deverá ser "Constituição regulatória" e, não, como costumeiramente se tem afirmado, "Constituição principiológica". (ÁVILA, 2009, p. 3)

No mesmo trabalho, o autor se opõe ao entendimento que concebe o alinhamento da Constituição Federal de 1988 aos ditames do Neoconstitucionalismo, fenômeno filosófico-jurídico que revoluciona o discurso acerca da efetividade das normas constitucionais. É dizer, rompendo com os paradigmas do projeto sócio-cultural da Modernidade, o discurso neoconstitucionalista busca entender a Constituição não apenas como ferramenta de limitação do poder estatal, mas como ferramenta de desenvolvimento social, tentando-se retirar das suas normas o maior grau de eficácia, em especial no tocante aos direitos fundamentais. Eis o entendimento de Humberto Ávila:

> Todas essas observações levam à conclusão de que não se pode categoricamente afirmar que os princípios são quantitativa ou qualitativamente mais expressivos que as regras no ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se, apenas, afirmar que há um ordenamento composto de regras e de princípios, com funções eficaciais complementares e diferentes. Assim, a assertiva, feita de chofre e sem qualquer ressalva, no sentido de que o paradigma normativo passou ou deveria passar "da regra ao princípio", e o metodológico, conseqüente do anterior, moveu-se "da subsunção à ponderação", não encontra corroboração no ordenamento constitucional brasileiro. Em suma, o enunciado, estritamente universal, de

> que todas as Constituições do pós-guerra são principiológicas, e o enunciado, numericamente universal, de que as normas da Constituição Brasileira de 1988 são principiológicas, ou de matriz principiológica, não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. (ÁVILA, 2009, p. 6-7)

Nada obstante, entende-se que a atual Carta Magna brasileira, forte em seu caráter intervencionista e generosa na intenção de propiciar o desenvolvimento social, é eminentemente principiológica. A despeito da preponderância numérica de regras, e o fato de que, uma vez proposta a solução legislativa, não pode o operador do Direito refutá-la, como, neste ponto, bem assevera Humberto Ávila (2009), até a fim de se alcançar um mínimo necessário de segurança jurídica, verifica-se a preponderância qualitativa dos princípios, vez que, as próprias regras pressupõem a anterior ponderação de princípios *in abstrato*, é dizer, em se aplicando uma regra, estar-se-ia aplicando também, em última análise, um ou mais princípios; e, no caso do suporte fático apresentado ao aplicador fugir da situação imaginada pelo legislador (constitucional ou ordinário), pode sim, em homenagem a um princípio constitucional ofendido, afastar, naquele caso, a incidência de determinada regra. Isto se comprova também tendo em vista o sem número de normas de conteúdo aberto, cuja definição será completada pelo julgador, segundo sua convicção e livre de uma neutralidade utópica, dando azo à aplicação da justiça no caso concreto, consoante as particularidades da situação fática apresentada.

Destarte, prefere-se aqui adotar postura frente à consonância da Constituição de 1988 aos ditames da doutrina neoconstitucionalista na linha do entendimento de Luís Roberto Barroso (2007), no sentido de enxergar a Carta de 1988 como solo fértil para aplicação desta doutrina, sobretudo evidenciada nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil expressos nos incisos do art. 3º[1] da Constituição, forte na preocupação com o âmbito social.

Desta forma, as normas elencadas no art. 5º, bem como aquelas que garantem a proteção a direitos fundamentais espalhadas pela Constituição e as decorrentes dos Tratados Internacionais assinados e ratificados pelo Estado brasileiro, não se

---

[1] Constituição Federal de 1988. Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

limitam a funcionar como freio da máquina estatal em face das liberdades individuais.

Neste sentido, Daniel Sarmento (2006, p. 235):

> Pelo menos no ordenamento brasileiro, que tem em seu cimo uma Constituição fortemente voltada para o social, não é possível conceber tais direitos como meros limites ao poder do Estado em favor da liberdade individual. A Constituição e os direitos fundamentais que ela consagra não se dirigem apenas aos governantes, mas a todos, que têm de conformar seu comportamento aos ditames da Lei Maior. Isto porque, a Constituição de 1988 não é apenas a Lei Fundamental do Estado brasileiro. Trata-se, na verdade, da Lei Fundamental do Estado e da sociedade, porque contém os principais valores e diretrizes para a conformação da vida social no país, não se limitando aos papéis mais clássicos das constituições liberais, de organização da estrutura estatal e definição das relações entre governantes e governados.

Destarte, garantir a efetividade dos direitos fundamentais consagrados pela Lei Maior é exigir sua observância e respeito não só pelo Poder Público como por qualquer ente, tenha ou não personalidade jurídica, independentemente de se submeter ao regime de Direito Público ou Direito Privado.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

2.2.1 Evolução histórica da aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares

2.2.1.1 O mundo: primeiras discussões acerca do tema

Desde as mais remotas declarações de direitos fundamentais e liberdades individuais, o Estado sempre foi o único e temido inimigo da afirmação dos direitos e garantias fundamentais do homem, e a ele é que sempre foram dirigidas as normas que previam, instituíam a garantiam os referidos direitos. É que, à época, recém libertados do despotismo monárquico, em que o rei era a própria lei do país, e a sua vontade era a única força motriz da atividade legislativa, era mais importante para os homens afirmar a sua própria liberdade em face do Estado que o oprimia, estabelecendo formas de controle do poder estatal e mecanismos de frenagem da vontade do rei a ponto de não invadir sua esfera privada, do que tratar de limitar a atuação dos homens em face deles próprios. Em verdade, no campo privado, onde

reinava o princípio da igualdade, posto que, em tese, a relação era de coordenação, o que se fazia presumir um natural equilíbrio, já predominava a autonomia da vontade e as leis de direito civil já satisfaziam a demanda por soluções dos conflitos entre particulares.

Sobre o tema, debruça-se André Ramos Tavares (2008, p. 484):

> A preocupação central, na proteção e realização de direitos fundamentais, por muito tempo, foi o Estado-opressor, o Estado-Leviatã. Dotado que era de grande poder, na sua relação com o indivíduo singularmente considerado, ficava nítida a verticalidade (relação de subordinação-superioridade, liberdade-autoridade, particular-Estado). Embora não se possa ignorar, no atual estágio, essa figura de um Estado dominador que necessita ser domado, passou-se [...] a falar de uma eficácia (extensão) horizontal (privada) dos direitos fundamentais, ou seja, de que não apenas o Estado estaria vinculado às declarações de direitos, mas igualmente os particulares.

Na doutrina americana, a concepção da chamada *State Action*, que negava a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, encontrou solo fértil. Isto se deu pelo fato de o *Bill of Right* do Texto Fundamental dos Estados Unidos, na maioria das suas cláusulas, dirigir-se expressamente ao Poder Público, com exceção da 13ª Emenda, que veda a escravidão. Ademais, pela distribuição da competência legislativa no ordenamento jurídico americano, compete aos estados legislarem sobre matéria de Direito privado e não à União. Assim, a doutrina do *State Action* colocava-se como protetora da autonomia dos estados, evitando uma intervenção da União em matéria da competência estadual.

Só a partir da década de 40 do século XX, a Suprema Corte estadunidense passou a adotar a *public function theory*, que preconizava a extensão da eficácia dos direitos fundamentais para os particulares que atuassem em atividades tipicamente estatais, daí “teoria da função pública” na tradução literal para o vernáculo. Por esta teoria, estando os particulares fazendo as vezes do Estado, estariam também alcançados pelas limitações constitucionais, dilatando assim a sua eficácia para abarcar as relações de delegação das atividades estatais a entes privados, e mitigando, em certa medida, um dos fundamentos da *State Action*. Quanto ao fundamento da usurpação da competência legislativa dos Estados federados pela União, este não mais subsiste, em razão da jurisprudência americana já reconhecer a competência da União para legislar sobre direitos humanos, ainda que em relações em que o Poder Público não participe.

Sem embargo, a definição ainda não delineada do que seria “atuação em atividade tipicamente estatal”, torna escorregadia e difícil a fixação de um parâmetro para utilização da *public function theory*. Atualmente, a Justiça norte-americana vem, na aplicação desta teoria, ora afastando, ora aplicando os direitos fundamentais em relações privadas sem, no entanto, esquematizar um contorno exato.

Sobre o tema, Daniel Sarmento (2006, p. 192) expõe o seguinte:

> Diante destas oscilações, a doutrina tem apontado o caráter errático e a falta de critério seguro da jurisprudência na aplicação da *public function theory*. Ademais, manifesta-se na Suprema Corte, desde a década de 70, uma tendência restritiva na aplicação desta teoria, o que contribui para manutenção de vastos espaços da vida humana ao abrigo da incidência da Constituição dos EUA.

Alguns trabalhos no sentido de promover uma eficácia dos direitos fundamentais para além da atividade estatal, alcançando também os particulares, ocorreram também na Alemanha. Em 1954, Hans Nipperdey se posicionou, a despeito de haver direitos voltados exclusivamente em face do poder estatal, a favor da eficácia horizontal de outros direitos fundamentais, defendendo ainda que a sua aplicabilidade nas relações privadas se daria de forma direta e imediata, é dizer, não estaria a mercê da intervenção do legislador.

Advogando ainda para a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, todavia em sentido diverso, em 1956, Dürig se alinhou à tese de que, ainda que haja esta vinculação, ela se daria de forma indireta. A realização dos direitos na esfera privada só se daria, para esta doutrina, através do legislador.

> Ou seja, os direitos fundamentais, nas relações estritamente particulares, não se apresentariam como direitos subjetivos invocáveis, de pronto, por qualquer dos interessados. Pelo contrário. Com base na própria idéia de autonomia privada (e ampla liberdade individual), ter-se-ia que admitir, consoante esta teoria, a possibilidade de renúncia desses direitos nessas relações. (TAVARES, 2008, p. 486)

Frente a essas doutrinas, forte em Mangoldt e Forsthoff, uma corrente surgiu na Alemanha reafirmando o tradicional entendimento de que os direitos fundamentais serviam apenas de escudo contra o poder do Estado, excluindo-se o dever dos particulares de respeitar as normas que garantem os direitos individuais uns dos outros, baseando-se nas noções do liberalismo clássico. Todavia, pouca força demonstrou esta corrente, sobretudo em face das inúmeras decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, a partir da década de 50, reconhecendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2006, p. 188).

Em 1958, no famoso julgamento do caso Lüth[2], considerado como importante precedente da Corte Suprema alemã e que revolucionou o Direito Constitucional, em que se discutia o direito fundamental à livre manifestação do pensamento, a Justiça alemã entendeu que os direitos fundamentais não poderiam vincular diretamente os particulares, abraçando a teoria capitaneada por Dürig, posição até hoje adotada no ordenamento jurídico germânico.

Demais discussões acerca da forma de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, é dizer, se de forma mediata ou imediata, serão oportunamente tratadas no item 2.2.3 deste trabalho.

2.2.1.2 O Brasil: construções sobre o tema na doutrina e jurisprudência pátrias

No Brasil, essa discussão acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais só chegou recentemente à doutrina. Salvo alguns trabalhos isolados anteriores, apenas basicamente na última década a doutrina brasileira passou a se preocupar detidamente sobre o assunto em estudos específicos. Nestes trabalhos, os juristas pátrios se mostram alinhados à teoria que defende a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, havendo, ainda, uma predominância da tese da aplicação direta e imediata, consoante pregava Hans Nipperdey (1954).

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, ainda que acabasse por aplicar os preceitos fundamentais em lides cujo objeto pautava-se exclusivamente em relações entre particulares, o fazia sem se preocupar em aprofundar a discussão sobre as teorias da eficácia dos direitos fundamentais (TAVARES, 2008, p. 487). É dizer, apesar de tenderem (e aplicarem) à tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, a fundamentação dos acórdãos passava ao

[2] Em 1951, o cineasta alemão Veit Harlan produziu o filme “Amada Imortal”, que, a despeito do seu histórico como grande difusor dos idéias nazistas e anti-semitas por meio dos seus filmes, sobretudo o filme *Jud Süß*, de 1941, tratava-se de um romance. Contudo, por conta da biografia do cineasta, Eric Lüth, judeu que presidia o Clube de Imprensa, proferiu enérgicas críticas contra a película, convocando os alemães a boicotá-la, culminando no seu fracasso de público. Em razão disto, Veit Harlan ingressou com ação indenizatória contra o crítico pleiteando reparação dos danos causados baseado na vedação de causar danos a outrem instituída pelo Código Civil Alemão. Após restar vencido nas instâncias ordinárias do judiciário germânico, Lüth recorreu à Suprema Corte, alegando que a decisão judicial ofendia seu direito constitucional à liberdade de expressão, pedido acolhido pela Corte Constitucional Alemã que, no caso concreto, entendeu que o direito fundamental em apreço deveria ser observado também por outros particulares. (MARMELSTEIN, 2008)

largo de qualquer celeuma doutrinária.

Somente em sede do julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de relatoria originária da Ministra Ellen Gracie, por maioria, pelos votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Gilmar Mendes, decidiu por aplicar diretamente os direitos fundamentais ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal em relação jurídica travada por entes privados. Tratava-se de irresignação de um membro da União Brasileira de Compositores, entidade ligada ao ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição), órgão não-estatal, que, sem ser submetido a um procedimento administrativo em que lhe fosse assegurado o devido processo legal e seus corolários, foi excluído do quadro de sócios da entidade.

O voto do Ministro Celso de Mello teve lastro claramente na teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. Contudo, nada obstante o dispositivo do seu voto ter acompanhado o voto do Relator do acórdão, o Ministro Gilmar Mendes, é importante ressaltar que este lançou mão de outros fundamentos. É dizer, a despeito da aplicação imediata das normas constitucionais emanadas dos incisos LIV[3] e LV[4] do art. 5º da Lei Maior que foi dada pela 2ª Turma do Supremo, o Ministro Relator fez considerações acerca da natureza jurídica da União Brasileira de Compositores. Assim, ao se cogitar a caracterização da entidade como "quase-pública", o Ministro, de certa forma, aproxima-se na doutrina estadunidense da *public function theory*, vez que vincula o particular à observância de um direito fundamental pelo fato de, ainda que não seja um ente público, exercer atividade tipicamente estatal. Eis trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes (RE 201.819/RJ, 2ª Turma, STF):

> Destarte, considerando que a União Brasileira de Compositores (UBC) integra a estrutura do ECAD, é incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, ela assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado.
> Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como *espaço público* ainda que *não-estatal*.
> [...]
> Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular atuação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que,

[3] Constituição Federal de 1988. Art. 5º. [...]
LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

[4] Constituição Federal de 1988. Art. 5º. [...]
LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

> como se viu na ADI nº 2,054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar-se um serviço público por delegação legislativa.
> Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.

Destarte, apesar do quase hegemônico entendimento na doutrina e jurisprudência brasileiras de que os direitos fundamentais vinculam os particulares, e de forma direta, o voto do Ministro Gilmar Mendes parece vislumbrar a concepção de que essa vinculação não seria elástica a tal ponto. Neste sentido:

> O voto é relevante, porque não apenas introduz a importante discussão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas igualmente porque parece inclinar-se por não admiti-la tão ampla e irrestritamente, já que se faz alusão especial à situação peculiar da entidade envolvida, situação essa que a obrigaria a observar imediatamente os direitos fundamentais. (TAVARES, 2008, p. 487)

Com efeito, o Ministro da Suprema Corte Gilmar Mendes acaba mantendo acesa uma discussão que parecia ter esfriado perante a voz praticamente uníssona da doutrina brasileira, suscitando ponto importante a ser verificado no grau de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

2.2.2 Eficácia privada dos Direitos Fundamentais à luz da Carta de 1988

É verdade que direitos fundamentais como o direito à vida e o direito à integridade física, em última análise, deverão sempre ser observados pelos particulares. É que, como existem normas infraconstitucionais que punem a lesão a esses direitos – crime de homicídio[5] e lesão corporal[6], por exemplo –, a violação às normas protetoras destes interesses sempre serão encaradas como ilícito, ainda que no campo penal. O que se pretende aqui, em verdade, é enxergar a vinculação dos particulares às normas que garantem direitos fundamentais como regra, não como casos excepcionais.

É fato também que muitas das normas protetoras de direitos fundamentais são dirigidas tão-somente ao Estado, mas como via de exceção, por haver uma

---

[5] Código Penal. Art. 121. Matar alguém:
Pena: reclusão, de seis a vinte anos.
[6] Código Penal. Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.
Pena: detenção, de três meses a um ano.

impropriedade ou inviabilidade fática de se exigir cumprimento dos particulares. A título de exemplificação, por razões óbvias, vez que somente ao Estado é dado o poder de polícia, com fundamento na violência legal, e a capacidade de reduzir o exercício ao direito da liberdade de ir e vir, as normas que garantem os direitos do preso (como as expressas nos incisos XLV e XLIX do art. 5º[7]) têm como destinatário exclusivo o poder público. Também, pelo fato de constituir poder exclusivo do Estado a jurisdição, as normas que dispõe sobre a aplicação da lei também são dirigidas ao poder estatal, como as normas que emanam dos incisos XXXIX e XL do mesmo dispositivo[8].

Corroborando esta tese, a Constituição, em momento algum, exclui os particulares do rol de destinatários dos direitos fundamentais – pelo contrário, em sendo a Constituição a Lei Maior de um Estado e fundamento do ordenamento jurídico, presume-se que deve ser respeitada por todos, sob pena de sua banalização. Nas palavras de Daniel Sarmento (2006, p. 238), "a linguagem adotada pelo constituinte na estatuição da maioria das liberdades fundamentais previstas no art. 5º do texto magno transmite a idéia de uma vinculação passiva universal".

Vale esclarecer, portanto, que a regra é da vinculação dos particulares às normas que garantem direitos fundamentais. Excepcionam-se apenas algumas normas que, por não serem os particulares potenciais ofensores ao bem jurídico tutelado, entende-se que são voltadas tão-somente ao Estado.

Com efeito, entendendo-se como ponto de partida a necessária vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, impende apenas analisar em que medida se daria tal vinculação; vale dizer, se a aplicação das normas relativas aos direitos fundamentais nas relações privadas se dariam de forma direta ou indireta e mediata ou imediata. Em outras palavras, cumpre verificar se a aplicabilidade destas normas

---

[7] Constituição Federal de 1988. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

[8] Constituição Federal de 1988. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

no âmbito privado estaria subordinada à edição de leis infraconstitucionais que regulem a matéria expressamente ou se estas normas já produziriam efeito sobre os particulares de pleno direito, independentemente de legislação ordinária.

2.2.3 Aplicabilidade mediata/imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas

Para o jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris (2006, p. 54-55), esta eficácia horizontal dos direitos fundamentais aconteceria de forma indireta em regra, excetuando-se os casos em que, expressamente, a Constituição assegura direitos fundamentais que se dirigem contra particulares, exemplificando com o art. 9º, nº 3, 2ª frase da LF (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha)[9], diferenciando este conceito de vigência, a qual teria natureza imediata. Para o autor, a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais generalizada para todas as normas traria "conseqüências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas da sua autonomia" (CANARIS, 2006, p. 53-54).

Ainda nas palavras do autor alemão, "como *primeiro resultado parcial*, pode portanto reter-se: destinatários das normas dos direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado". (CANARIS, 2006, p. 55)

Compartilhando, em certa medida, da preocupação do jurista alemão, André Ramos Tavares também se manifesta acerca da forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais:

> Realmente, com a eficácia direta e imediata corre-se o grave risco, especialmente no Brasil, de constitucionalizar todo o Direito e todas as

---

[9] Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Art. 9º (Liberdade de associação)
[...]
3. A todas as pessoas e em todas as profissões ou ocupações é garantido o direito de constituir associações para defender e promover as condições económicas e de trabalho. São nulos os acordos que restrinjam ou tratem de impedir este direito, e ilícitas as medidas tomadas com esse fim. As medidas previstas nos artigos 12º; 35º, nº 2 e 3; 87º, nº 4; e 91º não podem contrariar conflitos de trabalho causados por associações, no sentido da primeira frase deste parágrafo, com o fim de salvaguardar e melhorar as condições económicas e de trabalho. (Tradução para o vernáculo pelos tradutores da obra do autor citado, com base na redação em vigor quando da edição alemã – 1999)

> relações particulares, relegando o Direito privado a segundo plano no tratamento de tais matérias. Como produto dessa tese ter-se-ia, ademais, a transformação do S.T.F. em verdadeira Corte de Revisão, porque todas as relações sociais passariam imediatamente a ser relações de índole constitucional, o que não é desejável. Mas, de outra parte, não se pode negar, em situações de absoluta omissão do legislador, que os direitos "apenas" constitucionalmente fundados sejam suporte para solução imediata de relação privada. (2008, p. 486)

A despeito da preocupação dos autores com a elevação de normas de direito privado ao patamar constitucional, esta é uma tendência moderna, forte na concepção de Constitucionalização do Direito Civil, que, inclusive, corrobora a tese da vinculação dos particulares às normas protetoras de direitos fundamentais, vez que traz a idéia de sujeição à Constituição não apenas do Estado, mas também dos particulares.

Neste sentido:

> A presença de normas de direito privado nos textos constitucionais, a partir da Constituição de 1919, de *Weimar*, justifica-se, conforme Francesco Galgano, sobretudo, como oposição já não mais ao despotismo político do Estado, mas contra o despotismo econômico entre os particulares. (BORGES, 2007, p. 85)

Ademais, no que tange a suposta e indesejável transformação do Supremo Tribunal Federal em uma Corte de Revisão, tal situação não é digna de preocupação. É que, primeiramente, o STF foi designado pela própria Constituição como seu guardião, a teor do art. 102, cabendo sempre a ele, em última análise, verificar a suposta ofensa à norma constitucional. Com efeito, por dever estabelecido pela Constituição de 1988 e para manter incólume a supremacia da Lei Maior, não poderia o Supremo desincumbir-se do ônus de conhecer da controvérsia e proferir pronunciamento a respeito. Ademais, a possibilidade de opor recurso extraordinário perante a Suprema Corte, uma vez proferida decisão judicial que tolha um determinado direito fundamental do recorrente ou vá de encontro à norma de endereço constitucional, negando-lhe vigência, revela-se como direito constitucional do cidadão, consubstanciado no art. 102, III, "a" do Texto Fundamental[10]. Além disso, a possível banalização do recurso excepcional a ponto de ser indistintamente oposto, criando um "terceiro grau de jurisdição" é evitada pela exigência da demonstração da

---

[10] Constituição Federal de 1988. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
[...]
III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo dessa Constituição.

repercussão geral do recurso, nos termos do art. 102, §3º da Lei Maior[11], inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e regulamentado pelo art. 543-A[12], *caput* e parágrafos, do Código de Processo Civil, acrescentados pela lei federal nº 11.418/2006. Trata-se de requisito específico de recorribilidade que, a despeito de não haver uma definição concreta e delineada a respeito – a conceituação virá da análise do próprio caso concreto, segundo suas peculiaridades (MARINONI e ARENHART, 2007, p. 566/567) –, está ligado à relevância da questão para além dos limites da lide proposta. É dizer, faz-se necessário demonstrar que é realmente importante, seja no âmbito jurídico, social, político ou econômico, o pronunciamento do Supremo sobre aquela matéria, de forma a construir e dar ciência à sociedade do seu entendimento sobre ela. Com efeito, a própria legislação processual, bem como o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, prevêem mecanismos para evitar a temida enxurrada de recursos excepcionais ao órgão máximo da estrutura judiciária brasileira.

Em síntese, aqueles que costumam evitar o entendimento de que a aplicação deveria ser direta e imediata o fazem basicamente com lastro nos seguintes argumentos: a) o comprometimento do princípio da autonomia privada em face da aplicação direta; b) confere mais poderes ao juiz, que passaria a ponderar os interesses em conflito, em detrimento do legislador; c) geraria insegurança jurídica a

---

[11] Constituição Federal de 1988. Art. 102 [...]
§3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

[12] Código de Processo Civil. Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo
§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.
§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.
§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.
§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.
§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

resolução, no caso concreto, pelo juiz, que lançaria mão de conceitos vagos; e d) a autonomia do Direito Privado (SARMENTO, 2006, p. 239). Soma-se ainda um fundamento apoiado na idéia de que seria bastante raro encontrar um caso em que não houvesse lei ordinária regulando a matéria, de forma que a lacuna legal negasse guarida a um direito fundamental, forte na doutrina de Dimitri Dimoulis (TAVARES, 2008, p. 486)

Tais argumentos, contudo, devem ser afastados, sobretudo considerando-se que, posto que a Constituição é a Lei Maior e Texto Fundamental de um ordenamento jurídico, deve-se interpretar a legislação infraconstitucional à luz da Constituição, e não o contrário. Ademais, em atenção à solução defendida por Humberto Ávila (2007) para a solução de colisões entre princípios, deve-se sopesar os princípios quando, no caso concreto, apresentarem manifestações antagônicas. É dizer, afastando-se o argumento da alínea "a", no caso de choque de princípios, não há a revogação de um deles e a afirmação de vigência de outro, mas sim, com base na razoabilidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*, deve-se afastar a incidência de um determinado princípio, naquele caso concreto, em favor da incidência do outro colidente. Assim o princípio da autonomia da vontade, como todos os outros, não é absoluto, devendo ser analisado no caso concreto e afastada a sua incidência quando em choque com outro que, naquele particular, deverá prevalecer.

Acerca da extensão do princípio da autonomia da vontade, fundando-se na preocupação com o social:

> [...] Pedro de Vega Garcia [...] considera a eficácia horizontal direta um mecanismo essencial de correção de desigualdades sociais. Para ele, o grande equívoco da teoria da eficácia mediata consiste em confundir a liberdade constitucional com a autonomia privada contratual, já que, sob a ótica constitucional, não existe efetiva liberdade numa situação de flagrante desigualdade entre as partes. (SARMENTO, 2006, p.206)

O entendimento do doutrinador espanhol remonta à idéia de igualdade material. É dizer, a igualdade assegurada constitucionalmente deve ir além do plano formal desejado pelas revoluções liberais, sob pena de, em tratando igualmente indivíduos em relações onde há uma verticalidade, está-los, em verdade, desigualando. Assim, o império indiscriminado da autonomia da vontade pela única razão de haver apenas entes privados polarizando a relação cria um vínculo de submissão de um particular em face do outro, afastando-se completamente da concepção de igualdade. Com

efeito, a fim de não restarem tolhidas as suas próprias liberdades individuais, faz-se necessária a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, flexibilizando o princípio da autonomia da vontade.

No tocante ao fundamento expresso na alínea “b”, de fato, cabe ao legislador, prioritariamente, exercer a ponderação do princípio da autonomia privada com os direitos fundamentais. Contudo, na falta de norma infraconstitucional que trate da matéria ou, em existindo, ofenda a “vontade” da Constituição Federal, ora por iníqua inconstitucionalidade, ora pelo caso concreto se afastar da situação concebida pelo legislador, deve o juiz atuar aplicando diretamente a Constituição no caso concreto.

Este entendimento não ofende, assim, o princípio geral de Direito Constitucional da separação das funções estatais[13] previsto no art. 2º do Texto Fundamental[14]. É dizer, não está havendo uma opressão do Poder Judiciário suprimindo a atividade legislativa, precipuamente pertencente ao Poder Legislativo. É que o Poder Judiciário só está autorizado a criar uma solução para aquele caso concreto posto à sua análise, e, ainda assim, somente em havendo omissão legislativa. Ademais, em homenagem ao próprio princípio processual da inafastabilidade da jurisdição, de endereço constitucional, não podendo o julgador alegar lacuna ou omissão legal para abster-se de proferir decisão de mérito sobre a demanda, não só é autorizado ao aplicador propor uma solução em face da omissão legislativa como é seu dever fazê-lo, sob pena de negação de prestação jurisdicional. Outra hipótese de intervenção do Judiciário é no caso de reconhecimento da inconstitucionalidade da lei – posto que maculada pela mais grave pecha que pode apresentar um ato normativo no ordenamento jurídico, e sendo o Supremo Tribunal Federal, como visto, eleito guardião do Texto Fundamental, faz-se necessária a autorização ao órgão jurisdicional, seja em controle concentrado, seja em controle difuso de constitucionalidade, conhecer da questão e afastar a incidência da norma vergastada. Além disso, o Poder Judiciário não retira do Legislativo sua competência, vez que, apresentando uma solução apenas para aquele caso concreto, não está prestando atividade legislativa – criação de normas em caráter

---

[13] Conforme moderno entendimento, a tripartição é das funções do Estado e não dos poderes, vez que o Poder do Estado é uno e indivisível, sob pena de descaracterizar-se como poder. Em sentido contrário, José Afonso da Silva (2008, p. 108-109), que enxerga a existência de ambos (e distintos) conceitos.

[14] Constituição Federal de 1988. Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

geral e abstrato – e pode o legislador, a qualquer tempo, sanar sua omissão editando lei que regulamente a matéria.

Indo ao encontro deste entendimento:

> Considerando que a exigência constitucional deve ser satisfeita, se para isso for necessário a intervenção do julgador, este terá o direito de a concretizar. O órgão legislativo omisso pode, a todo tempo, chamar a si a questão de forma que, no quadro da Constituição, também o julgador fique vinculado à sua decisão. (MAC CRORIE, 2005, p. 73)

Já em relação ao fundamento da alínea "c", convém ressaltar o seguinte:

> [...] a questão ligada à segurança na aplicação do direito não pode ser encarada a partir de uma perspectiva ultrapassada, que concebia o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras prontas a uma mecânica subsunção. (SARMENTO, 2006, p. 242)

Quanto mais se aproxima da segurança jurídica, tende-se a engessar a atividade jurisdicional do Estado; afastando-se, pois, da justiça do caso concreto. É verdade também que, aproximando-se em demasia da justiça *in casu*, dando poderes ilimitados ao juiz decidir a melhor solução para o caso concreto, afasta-se perigosamente da segurança jurídica. Existe, pois, um segmento de reta em que a segurança jurídica e a justiça do caso concreto são os extremos.

Contudo, o importante é se alcançar o máximo de Justiça possível – aqui entendida em seu sentido mais amplo, não por acaso grafada com a inicial maiúscula. Neste sentido, Justiça é definida como valor moral e ético, inerente ao padrão axiológico da sociedade, é dizer, é um conceito que busca delinear seus traços segundo os anseios e sentimentos de um povo inseridos em um contexto social.

Destarte, para realizar essa Justiça *lato sensu* é necessário se afastar um pouco de um padrão rígido de segurança jurídica, sem, contudo, ignorar sua importância na construção do sentimento social do justo. Assim, em que pese o argumento da alínea "c", para a efetivação dos ideais propostos pela Constituição Federal, é mister flexibilizar, em certa medida, a segurança jurídica.

Lembra ainda Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie (2005, p. 72), se referindo ao Código Civil português, mas que cabe também ao Código Substantivo pátrio, que já adota o uso de cláusulas gerais, normas de conceituação aberta, cuja definição será preenchida pelo julgador no caso concreto, na legislação privada, não havendo um grau de indeterminação maior dos direitos fundamentais do que nestas normas

amplamente utilizadas e admitidas.

Já no tocante ao fundamento consubstanciado na alínea “d”, esta autonomia e independência do Direito Privado é algo explicado tão-somente no meio acadêmico, apenas para fins didáticos. Em rigor, não há subdivisão do Direito – este é uno e indivisível. E, ainda se houvesse essa ramificação, ter-se-ia que conceber o Direito Constitucional acima da famosa dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, por ser aquele sim um ramo independente de qualquer outra divisão e ao qual todos os outros estariam vinculados por dele tirar fundamento de legitimidade. Neste sentido:

> Contrariando algumas classificações tradicionais, consideramos que o direito constitucional está acima de qualquer divisão ou classificação de ramos do direito, estando acima da – e não alcançado pela – divisão entre direito público e direito privado. (BORGES, 2007, p. 84)

Assim, de qualquer forma, namorando um ou outro entendimento, não há que se falar de real autonomia do Direito Privado frente ao Direito Constitucional.

Ademais, já foi visto, quando da lembrança do pensamento de Claus-Wilhelm Canaris, que a moderna concepção de Constitucionalização do Direito Civil pretende justamente elevar as normas de direito privado à hierarquia constitucional, e a aplicação da legislação infraconstitucional de Direito Privado sempre será observada, desde que não seja conhecida sua inconstitucionalidade e que o caso concreto guarde identidade com a situação fática imaginada pelo legislador quando da edição da norma.

Por fim, quanto ao argumento suscitado por Dimitri Dimoulis (TAVARES, 2008, p. 486), de fato, em geral, o legislador ordinário tomou cuidado em preencher o ordenamento jurídico de normas infraconstitucionais, regulando as relações privadas pautando-se nos direitos fundamentais constitucionalmente positivados, até para impedir que suprisse essa lacuna o Poder Judiciário, com vistas, sobretudo, à segurança jurídica. Em contrapartida, o autor parece não se preocupar com a possibilidade de, ainda assim, haver uma fenda na legislação ordinária, de forma a não contemplar, em um determinado caso, um direito fundamental, situação em que não poderia aquele que tivesse um direito seu agredido invocar, nem a regra constitucional, vez que a sua aplicabilidade nas relações privadas se dá tão-somente de forma indireta, nem regra infraconstitucional, posto que inexistente.

Um ponto importante na teoria da vinculação indireta é que abre margem para se

discutir se haveria ou não uma opção tácita do legislador pela adoção de uma ou outra teoria da aplicabilidade dos direitos fundamentais, vez que, ao legislar sobre a matéria, estaria sustentando a teoria da aplicabilidade indireta, ao passo que, ao omitir-se, abriria espaço para a aplicação direta e imediata da norma constitucional; ou, ainda, se a própria lei poderia expressamente apontar sua opção. É dizer, cogita-se, quando o Código Civil prevê a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais de personalidade[15] estaria se alinhando à teoria da aplicabilidade imediata, posto que estes direitos não poderiam sofrer limitações voluntárias, apenas pela própria lei (TAVARES, 2008, p. 486).

Deve-se, todavia, afastar estas discussões decorrentes da referida doutrina. É que, o fundamento da aplicação de plano dos direitos fundamentais é retirado da própria Constituição, não podendo, assim, o legislador ordinário restringir a eficácia das normas constitucionais sem a autorização expressa da própria Lei Fundamental, sob pena de subverter a lógica estruturante do sistema jurídico.

Vale dizer, na perspectiva do avanço social almejado pela principiologia e teleologia da Constituição Federal de 1988, faz-se necessário "esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional" (BARROSO *apud* SARMENTO, 2006, p. 245), situação que só ocorre por ocasião da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, que não os torna refém da boa vontade do legislador.

Advoga para este entendimento ainda a situação social que se apresenta no país. Em outras palavras, a sociedade do Brasil é muito mais injusta e desigual do que a de países ditos de primeiro mundo, o que já justificaria uma preocupação maior com o respeito aos direitos fundamentais, exigindo observância também na esfera privada da forma mais efetiva e imediata possível.

Neste sentido:

> Estas tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência. Tal quadro desalentador impõe ao jurista com consciência social a adoção de posições comprometidas com a mudança do *status quo*. Por isso, não hesitamos em afirmar que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro. Esta, para nós, não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça.

[15] Código Civil. Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

(SARMENTO, 2006, p. 239)

Também comungando do mesmo entendimento, Luís Roberto Barroso (2007, p. 35):

> O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado à realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto.

Ainda nesta linha, Ingo Sarlet (2000, p. 152-153) assinala que um maior nível de desigualdade social presente no país é razão para que seja ainda mais necessária a exigência de observância dos direitos fundamentais pelos particulares.

Assim, se a Carta de 1988, inferindo-se da sua principiologia e objetivos positivados no art. 3º, adota a teoria da eficácia direta, não poderia o legislador infraconstitucional fazê-lo de forma diferente.

Ademais, quando da previsão pelo Código Civil de 2002 da irrenunciabilidade de determinados direitos fundamentais, ele não está adotando a teoria da aplicabilidade direta, mas apenas a reiterando no particular, vez que, já consagrada em hierarquia constitucional.

Portanto, entende-se que, não bastasse a imposição pela própria principiologia da Constituição da vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, esta vinculação há de ser direta e imediata, é dizer, sem a necessidade da regulação por meio da atividade legislativa.

3 DO DIREITO À PRIVACIDADE

3.1 ESBOÇO HISTÓRICO DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE

A despeito de apenas nos tempos mais vizinhos ter-se passado a considerar, de forma autônoma, um direito à privacidade, a doutrina costuma inserir o início da preocupação do Direito com uma proteção ao direito da pessoa em ser respeitada em sua individualidade e no modo que escolheu para seguir sua vida aos ideais pregados pelo Cristianismo. Os dogmas que derivaram dos ensinamentos atribuídos a Jesus Cristo ao enaltecer a dignidade da pessoa humana, de certa forma, inseriu na sua definição uma noção de privacidade.

Neste sentido, ainda que adotando uma variação terminológica do conceito que aqui se apresenta e que será discutido no item 3.2 – a que se remete o leitor –, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

> A origem do respeito à intimidade é atribuída, primeiro, ao Cristianismo que assentou as bases dos conceitos de liberdade e dignidade humanas. Não havia, propriamente, uma preocupação com a intimidade humana, diretamente considerada, mas com a dignidade humana, da qual decorreu, posteriormente, a preocupação com a intimidade. O reconhecimento deste direito só surgiu recentemente. (2003, p. 55)

Em verdade, a noção de privacidade como conhecida hoje, desvirtuada do conceito de dignidade da pessoa humana, passou a ser esboçada a partir da Revolução Industrial. É dizer, com a revolução inglesa que modificou drasticamente os meios de produção, deflagrou-se um êxodo da zona rural para as cidades, pólo das fábricas recém-inauguradas, e que alterou substancialmente também a forma de ser dos indivíduos.

Recorrendo novamente às palavras do Prof. Luiz Gustavo de Carvalho:

> A sociedade rural, pelo distanciamento das propriedades, pelo isolamento natural das pessoas, favorecia a solidão e impelia o homem a buscar relações sociais e íntimas. O homem sempre lutou contra a solidão e a sociedade rural o impelia a fugir da solidão.
> A Revolução Industrial, no século XIX, retira o homem do campo e o lança nas cidades, em ambientes promíscuos tanto nas fábricas como em habitações coletivas e insalubres. O interesse à reserva surge em conseqüência do diverso tipo de vida imposto pela cidade que obriga a um perigoso contato físico que dificulta o isolamento moral em conseqüência da estrutura da sociedade industrializada. (2003, p. 250)

A partir daí, o homem começa a se preocupar com a efetiva proteção a um direito de

se recolher, reservar-se diante da socialização que estourava, e de ficar só. Percebeu-se então que existia uma boa parcela da vida humana que não interessava ao conhecimento alheio e que merecia ficar guardada à sombra da inviolabilidade.

Debruçando-se sobre o tema, anota Daniela Braga Paiano:

> A proteção dos direitos à intimidade e à vida privada foi necessária devido a evolução do homem e a busca pela sua dignidade, representando a luta contra a opressão e o arbítrio. É uma busca por sua liberdade e positivação de seus direitos de cunho personalíssimo. Inicialmente, estes direitos passaram a ser tutelados por julgados, para depois ganharem corpo nas Constituições. (2003, p. 2)

A autora ainda assinala a lembrança mais remota de uma definição de privacidade:

> Consta que a mais antiga definição de vida privada data de 1873, dada pelo juiz Cooley em sua obra *The Elements of torts,* concluiu que *privacy* constitui o direito de ser deixado só *"the right to be let alone".* Nele se inserem duas pretensões: a solidão e a tranqüilidade. (PAIANO, 2003, p. 2)

Nos Estados Unidos, um grande passo foi dado em direção a uma maior preocupação com a privacidade em 1890, quando da edição de um artigo que tratava sobre o tema. *The Right to Privacy* – de autoria de Samuel Warren e Louis Dembitz Brandeis – "narrava e explorava a experiência do primeiro autor, cuja intimidade tinha sido severamente violada por um jornal" (CARVALHO, 2003, p. 55).

Até que se consagra na Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, no artigo XII[16], o direito à privacidade. Desde então, expressa ou tacitamente, a maioria das Constituições vem dando guarida ao direito à privacidade. A título de exemplo, ainda que não o faça expressamente, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, Carta Alemã, na norma que emana do art. 2º[17] "alude ao livre desenvolvimento da personalidade, o que permitiu a formulação de uma corrente jurisprudencial que o agasalhou" (CARVALHO, 2003, p. 59); a seu turno, a Constituição portuguesa de 1976, garante o direito à privacidade de forma expressa no art. 26[18].

---

[16] Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948
Artigo XII Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.
[17] Lei Fundamental da República Federal da Alemanha
Artigo 2º. Direitos de liberdade pessoais
1. Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.
[18] Constituição da República Portuguesa (VII Revisão Constitucional – 2005)
Artigo 26º. Outros direitos pessoais

3.2 ESFORÇO TERMINOLÓGICO

Ainda é tema bastante tormentoso a definição exata da linha que separa a privacidade, da vida privada da intimidade – se é que não são conceitos sinônimos. Fato é que a Constituição Federal de 1988, quando insere tal direito no rol dos direitos fundamentais, o faz distinguindo vida privada de intimidade (art. 5º, X[19]).

Diante da disposição constitucional, a maioria da doutrina constitucional pátria, alinhando-se ao entendimento majoritário da doutrina estrangeira, confere aos substantivos distintos, significados também distintos. Isto se dá, sobretudo, à luz da técnica de interpretação que nega a existência de palavras inúteis em texto legal. É dizer, se o legislador optou por adotar aquela redação, inserindo uma palavra no dispositivo de lei, é porque tal palavra tem uma função semântica na interpretação da norma, e a ela deve-se dar um significado que a faça importante nesta interpretação.

Em sentido oposto, Pedro Frederico Caldas (1997, p. 42) considera, de fato, que não há palavras inúteis no texto constitucional, contudo a menção aos vocábulos "intimidade" e "vida privada" foi tão-somente uma cautela adotada pela Carta de 1988 que, reconhecendo o esforço teórico da doutrina estrangeira em diferenciar tais conceitos, quis evitar que "divisões de conceitos elaborados pela doutrina permitissem que fração ou terreno demarcado da vida das pessoas não fosse abrangido pela proteção constitucional".

A título de exemplo, Celso Bastos ao tentar definir o que seria "intimidade", acaba usando os termos indiscriminadamente, até confundindo-os, vez que inclui no conceito as expressões "vida privada" e "privacidade" na definição:

> Intimidade consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. (*apud* PINHO, 2003, p. 116)

À margem do entendimento de Frederico Caldas, a doutrina diverge bastante ainda

---

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

[19] Constituição Federal de 1988
Art. 5º [...]
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

na delimitação de cada conceito. Analisando a etimologia das palavras trazidas pelo texto constitucional, Daniela Braga Paiano se manifesta no seguinte sentido:

> Intimidade, derivada do latim, *intimus*, cuja procedência é do advérbio *intus*. Tem o sentido de interior, íntimo, oculto, do que está nas entranhas. Traz uma idéia de segredo, confiança. Pode-se asseverar, desta forma, que intimidade tem um sentido subjetivo, pois traz consigo a idéia confidencial.
> Já o conceito de vida privada é mais amplo que o da intimidade, englobando tudo que não queremos que seja do conhecimento geral. Do latim, *privatus*, significa privado, particular, próprio. (2003,p. 4)

A autora, de certa forma, segue a linha do pensamento de Heinrich Henkel (1958), que avançando bastante na conceituação dos termos, primeiro trouxe a teoria que ficou conhecida como a teoria dos três círculos concêntricos. A tese de Henkel, importada ao Direito brasileiro por Paulo José da Costa Jr. (FROTA, 2009, p. 461), consistia na existência de três círculos de centros coincidentes e raios de tamanhos distintos assim definidos:

> O primeiro deles, com maior raio, corresponderia à esfera da vida privada *stricto sensu* (*Privatsphäre*), onde se situariam os comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem públicos. O círculo intermediário seria o da esfera da intimidade (*Vertrauensphäre*), onde estariam os acontecimentos que o titular só compartilha com pessoas nas quais deposita certa dose de confiança. Finalmente, o círculo de menor raio seria a esfera de segredo (*Geheimsphäre*) que só seria de conhecimento do titular ou de pessoa por ele especialmente autorizada. (CARVALHO, 2003, p. 252)

Contudo, apenas por considerações terminológicas, ainda que baseado na teoria proposta por Henkel, prefere-se as nomenclaturas “privacidade”, “vida privada” e “intimidade”, fortes em José Afonso da Silva (2008, p. 205/206) e André Ramos Tavares (2008, p. 616), em substituição às apresentadas pelo jurista alemão. Com efeito, de acordo com o entendimento aqui defendido, a intimidade seria um círculo inserido em outro, de diâmetro maior, chamado vida privada, que, por sua vez, estaria dentro de outro ainda mais extenso denominado privacidade.

Quanto ao entendimento de André Ramos Tavares, mesmo o autor, que insere, dentro da circunferência da privacidade, o direito à honra e à imagem, assinala que “o direito è honra, juntamente com o direito de imagem, não se insere completamente dentro do direito à privacidade” (2008, p. 628). A seu turno, José Afonso da Silva, ainda que, como o faz o outro constitucionalista, trate da honra e da imagem como subtópicos do direito à privacidade na sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo, destaca que “o direito à preservação da honra e da imagem, como o do nome, não caracteriza propriamente um direito à privacidade e menos à

intimidade" (2008, p. 209).

De fato, embora inclusos no rol dos chamados direitos da personalidade e, em certo ponto osculando o direito à intimidade, na medida em que fatos que atentem contra a sua honra são protegidos pelo segredo inerente à intimidade, tanto que os crimes contra a honra, via de regra, não admitem exceção da verdade[20], e provavelmente por isso, tratados no mesmo inciso do inventário dos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, tratam-se de direitos distintos e independentes. É dizer, a honra e a imagem dizem respeito ao conceito que a pessoa tem sobre si mesma (subjetiva) ou à forma como a sociedade a enxerga (objetiva), seu bom nome, sua reputação.

Em outras palavras, ao passo em que a privacidade cuida de proteger a porção da personalidade humana do conhecimento alheio, a proteção à honra e à imagem cuida justamente de manter incólume a forma como a pessoa é conhecida pelos outros, seu respeito perante a sociedade.

Destarte, os direitos à honra e à imagem, ainda que também direitos da personalidade, ocupam posição à margem dos círculos concêntricos apresentados.

3.2.1 Direito à privacidade

Diante da teoria aqui adotada, a privacidade é definida por José Afonso da Silva (2008, p. 206) como "o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito". Com efeito, manifesta-se pela proteção da pessoa em face da publicidade – conceito antônimo de privacidade – salvaguardando os assuntos oriundos da vida familiar, doméstica ou particular do indivíduo em face do conhecimento público.

O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Alberto Menezes Direito, em detido trabalho sobre o tema, traz o conceito empreendido por Ole Espersen, à época Ministro da Justiça da Dinamarca:

---

[20] Excetuam-se na regra geral o crime de calúnia, posto que o fato atribuído a outro é tipificado como crime pela legislação penal e o crime de difamação contra funcionário público em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público.

> Fazendo menção a um relatório sobre a matéria, afirma ele que a privacidade pode ser definida como uma área na vida humana na qual, em qualquer circunstância, um homem médio com uma compreensão das necessidades legítimas da comunidade pensaria ser errado invadir. (2002, p. 6)

Em trabalho sobre o tema, Hidemberg Alves da Frota, utilizando-se do termo da vida privada *stricto sensu*, vez que se alinha à teoria proposta por Henkel, mas que pode ser entendido como privacidade à luz do entendimento aqui consagrado, aduz:

> Extremidade da vida particular mais perceptível ao observador externo e menos reveladora da personalidade de cada um, serve de palco à faceta material da esfera privada e às relações interpessoais perfunctórias, ilustradas pelas amizades circunscritas ao coleguismo. Nessa seara perfilam quer noções ligeiras sobre a rotina diária do indivíduo, quer os dados indicativos do seu patrimônio. (2009, p. 463)

Continua o autor no que tange a abrangência do direito à privacidade:

> Em suma, o *círculo da vida privada em sentido estrito*, ecoa a dimensão material e/ou superficial da vida privada, englobando o sigilo patrimonial (*e.g.* fiscal, financeiro e empresarial), e o sigilo de dados e registros de comunicações (no qual se sobressai o sigilo de dados e registros telefônicos, também aludido como sigilo telefônico). (2009, p. 463)

A despeito do entendimento do autor, insta salientar que o sigilo empresarial, à medida que toca os segredos inerentes à atividade da pessoa jurídica, está inserida no círculo da intimidade, conforme será demonstrado no item 3.3.3, ao qual se remete o leitor.

É, pois, a porção mais ampla da individualidade da pessoa, à medida que exclui apenas do conhecimento público seus assuntos particulares, mas não passam alheios à ciência de quem convive com ela.

3.2.1.1 Sigilo fiscal e financeiro

O sigilo fiscal é uma proteção conferida pelo ordenamento jurídico que proíbe o acesso indiscriminado às informações do indivíduo no que toca sua situação econômica e financeira, bem como o estado do seu patrimônio, junto à Fazenda Pública e seus agentes (FROTA, 2009, p. 464). Trata-se de proteção fundada manifestamente em norma de caráter constitucional, contudo regulada infraconstitucionalmente de forma expressa pelo art. 198 do Código Tributário Nacional[21]. Neste espeque, evidencia-se que, a teor do art. 195 do mesmo diploma

[21] Código Tributário Nacional.

legal[22], as regras que afastam o acesso a estas informações não se aplicam à legislação tributária, é dizer, à fiscalização realizada pelos agentes competentes da Fazenda Pública e investidos em suas funções em relação aos livros, papéis e demais documentos comerciais e fiscais. Contudo, constitui ilícito a divulgação destas informações por estes agentes a terceiros.

A seu turno, sigilo financeiro é o escudo dado pelo ordenamento jurídico a todos os indivíduos, que blinda do conhecimento alheio as informações relativas às operações ativas e passivas junto a instituições financeiras (art. 1º, §1º da Lei Complementar nº 105/2001[23]) ou a elas equiparadas (art. 1º, §2º da Lei Complementar nº 105/2001[24]), conferindo-lhes caráter de confidencialidade (FROTA, 2009, p. 464).

Da mesma forma que o sigilo fiscal, o sigilo financeiro, a despeito de tirar fundamento de norma de endereço constitucional, é regulado expressamente pelo art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001[25], que dispõe acerca do dever das instituições financeiras (e as que a elas se equiparam) de manter em sigilo as

---

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

[22] Código Tributário Nacional

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

[23] Lei Complementar nº 105/2001.

§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:
I – os bancos de qualquer espécie;
II – distribuidoras de valores mobiliários;
III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;
IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;
V – sociedades de crédito imobiliário;
VI – administradoras de cartões de crédito;
VII – sociedades de arrendamento mercantil;
VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;
IX – cooperativas de crédito;
X – associações de poupança e empréstimo;
XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;
XII – entidades de liquidação e compensação;
XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

[24] Lei Complementar nº 105/2001.

§ 2º As empresas de fomento comercial ou *factoring*, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

[25] Lei Complementar nº 105/2001

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

referidas informações, conservando-as ao abrigo do conhecimento de terceiros.

3.2.1.2 Sigilo dos dados e registros de comunicação

No que toca o conteúdo de comunicações, conforme será detida e especificamente tratado no item 3.2.3.2, este se encontra imerso na esfera da intimidade. Todavia, o sigilo dos dados e registros de comunicação, pela sua natureza, estão inseridas no plano da privacidade.

Sobre a sua conceituação:

> O sigilo de dados de comunicações diz respeito aos bancos de dados pessoais mantidos pelo fornecedor de serviço de comunicação. Exemplos: fichas cadastrais de usuários de sociedades empresárias prestadoras de serviço quer de *bipe* ou *pager*, quer de *e-mail* gratuito. Em tal contexto, bancos de dados pessoais correspondem ao que o Direito Comunitário Positivo europeu define como conjuntos estruturados de dados pessoais, acessíveis segundo critérios determinados, centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico.
> [...]
> Já o sigilo de registro de comunicações concerne à rotina de uso de determinada mídia. Exemplos: data do envio da correspondência via Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, número do aparelho de telefax discado, duração da chamada telefônica, nome do destinatário do telegrama, lista de e-mails, dados de tráfego e de localização relacionados às comunicações telefônicas. (FROTA, 2009, p. 473)

Em outras palavras, o sigilo de dados e registros de comunicações protege as informações acerca do cliente em poder dos fornecedores de serviço de comunicação, bem como os aspectos extrínsecos do objeto da comunicação, preocupando-se a proteção à intimidade com o sigilo das informações intrínsecas ou internas do que está sendo comunicado.

3.2.2 Direito à vida privada

A vida privada, por sua vez, toca o modo de ser de cada pessoa, protegendo os padrões de vida que cada indivíduo escolheu para si como melhor da interferência estatal. Garante, pois, a livre decisão sobre sua vida e a possibilidade de se autodeterminar segundo duas próprias convicções, alforriado de ingerências de terceiros.

A despeito de se utilizar do termo “privacidade”, entende-se como perfeita definição de vida privada a construída por Judicael Sudário de Pinho:

> A privacidade é a fortaleza onde o indivíduo resguarda aquele mínimo de identidade e sanidade que a massificação da sociedade moderna ainda lhe permite. Sem ela, desapareceria o indivíduo e estaríamos a viver literalmente numa enorme colméia. (2003, p. 111)

Em outras palavras, a vida privada é o traço que confere a distinção entre as pessoas que fazem parte da sociedade, sob pena desta ser enxergada como um todo homogêneo.

De certa forma, o direito à vida privada passa perto, ou toma como fundamento, o princípio da legalidade, consubstanciado no art. 5º, II da Constituição de 1988[26]. É dizer, a vida privada se pauta na forma de vida escolhida pelo indivíduo, na qual não pode ninguém se imiscuir, nem exigir que atue de maneira diferente, senão em virtude de lei.

Sobre a vida privada, convém ainda assinalar o seguinte:

> A pessoa não é só privada, íntima, reservada, quando passa a porta de sua morada, corre as cortinas. Na rua, nos edifícios públicos, nos jardins, a pessoa continua envolta numa esfera privada; veste-se manifesta-se, como entender, sem que os outros possam invadir essa esfera (salvo ofensa de seus direitos). (CAMPOS *apud* GODOY, 2001, p. 51)

Em outras palavras, a vida privada, campo fértil e essencial para o desenvolvimento da sua personalidade e dignidade enquanto ser humano (KAYSER *apud* GODOY, 2001, p. 49 e GRINOVER, 1976, p. 95), como estilo de vida designado pelo próprio indivíduo, subsiste e é tão inviolável quanto, esteja a pessoa no recato do lar ou em ambiente público. Ao passo em que a intimidade, como será discutido no item 3.3.3, ao qual se remete o leitor, é exercido dentro da própria pessoa, uma comunicação do indivíduo com ele mesmo, a vida privada é a exteriorização do modo de ser da pessoa e, por isso, é exercida também aos olhos públicos, o que, contudo, não a torna menos passível de proteção.

3.2.3 Direito à intimidade

A intimidade representa o conjunto de informações que dizem respeito exclusivamente à pessoa em si mesma. Trata-se, pois, de uma relação de comunicação travada apenas entre o indivíduo e ele mesmo, livre da interferência

---

[26] Constituição Federal de 1988
Art. 5º. [...]
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

externa, ligada aos segredos mais inerentes à sua própria existência.

Na linha da teoria dos círculos concêntricos aqui defendida, ou no que Henkel denomina de esfera do segredo (*Geheimsphäre*), a intimidade pode ser entendida como:

> [...] *el derecho en virtud del qual excluimos a todas o determinadas personas del conocimiento de nuestros pensamientos, sentimientos, sensaciones y emociones. Es el derecho a vivir en soledad aquella parte de nuestra vida que no deseamos compartir con los demás, bien sea con la sociedad que nos rodea, con todo el mundo que nos circunda, o bien con una parte de ese mundo*[27]. (COLOMA *apud* CARVALHO, 2003, p. 54)

Com efeito, é uma esfera reservada do indivíduo que compreende o direito de estar só (*right to be alone*, conceito amplamente utilizado pela doutrina estadunidense) e de não ser incomodado ou, nas palavras de René Ariel Dotti, "a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais" (*apud* SILVA, 1980, p. 69)

Alinhado à doutrina de Henkel, razão pela qual deve-se compreender o citado "círculo do segredo" como da "intimidade", Hidemberg Alves da Frota se manifesta:

> Na raiz do íntimo se aloja o *círculo do segredo*, melhor reduto para a pessoa natural estar só, livre para expandir a vertente espiritual de sua existência, onde se projeta a alma humana em sua essência, a personalidade deve evolver plenamente e se planteia a imagem mais autêntica de alguém, adstrita a pensamentos (totalmente ocultos ou presentes apenas em diários e quejandos) ou unicamente desvelada (1) à seleta porção de parentes e amigos íntimos mais próximos e/ou (2) a profissionais cientes, em função da atividade exercitada, de detalhes secretos de clientes ou congêneres. (2009, p. 492)

A despeito desta definição apontada pelo autor, que, referindo-se à "pessoa natural", expressamente excluiu a possibilidade da titularidade da intimidade pela pessoa jurídica, entende-se que também a esta a proteção constitucional deve ser estendida.

Neste sentido:

> A pessoa jurídica só pode se desenvolver e cumprir suas finalidades estatutárias e contratuais se existir para as mesmas uma esfera secreta, que impossibilite a aproximação indesejada dos olhos e ouvidos alheios ou qualquer outra forma de indiscrição, o que é imprescindível para sua

[27] Tradução livre para o vernáculo: o direito em virtude do qual excluímos todas ou determinadas pessoas do conhecimento dos nossos pensamentos, sentimentos, sensações e emoções. É o direito a viver em solidão aquela parte de nossa vida que não desejamos compartilhar com os demais, bem como com a sociedade que nos rodeia, com todo o mundo que nos circunda, ou bem como uma parte desse mundo.

> existência. Não só necessita a pessoa coletiva de sigilo em relação à sua escrita comercial, às suas operações bancárias, mas toda a atividade empresarial necessita de certo grau de segredo. A estratégia de *marketing*, o lançamento de um novo produto ou de um novo modelo de um produto ao mercado, toda esta atividade, não falando nem da marca, nem do segredo industrial, mas, simplesmente, toda a operação de lançamento ao mercado necessita de sigilo, podendo apenas conhecer todos os planos os dirigentes do mais elevado escalão da administração da pessoa jurídica, isto é, o cérebro da entidade. (SZANIAWSKI *apud* GODOY, 2001, p. 53)

É dizer, nada obstante a Constituição Federal, no *caput* do art. 5º, prever que os direitos fundamentais elencados em seus incisos são garantidos a todos os brasileiros e estrangeiros, levando a crer que apenas as pessoas naturais gozam de tais direitos, deve-se entender, salvo quando inaplicáveis por inviabilidade fática, que os direitos fundamentais estendem-se também as pessoas jurídicas.

Além da necessidade de ter protegida uma esfera íntima de segredo que diz respeito à própria essência da pessoa jurídica, claramente uma esfera caracterizada como intimidade, encontra-se respaldo pra este entendimento na própria Carta de 1988. É que, ainda que tenha se referido a "brasileiros" e "estrangeiros", no mesmo art. 5º, em seu parágrafo 2º[28], a Constituição Federal de 1988 declara que o rol do dispositivo dos direitos fundamentais é meramente exemplificativo, não excluindo outros que estiverem previstos na própria Lei Maior, embora geograficamente apartados, os decorrentes do ordenamento jurídico brasileiro ou de Tratados ou Convenções internacionais travadas pelo país.

Com efeito, à luz da principiologia do Texto Fundamental atual, que prega justamente a máxima efetividade dos direitos fundamentais, há de se convir que excluir as pessoas jurídicas, que embora pessoas apenas por ficção jurídica formadas por força da vontade de outras pessoas, seria ir de encontro a real teleologia da Constituição de 1988.

Da mesma forma que a pessoa física, pelo simples fato de existir, é titular de uma porção restrita da sua própria existência e que, por essência, só diz respeito a si mesma, lugar onde a ninguém é dado adentrar, a pessoa jurídica também o é. Ainda que o conceito de intimidade tenha que se moldar à diferenciação fática e óbvia entre a pessoa jurídica e a natural, vez que, por exemplo, a intimidade da pessoa

---

[28] Constituição Federal de 1988
Art. 5º. [...]
§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

jurídica possa ser compartilhada por mais de uma pessoa natural, posto que todas estas possuem o mesmo *status* de sócio, não há como se negar àquela a proteção constitucional à sua intimidade.

Deste círculo mais reservado da personalidade humana, manifestam-se algumas expressões do segredo inerente a essência do indivíduo, quais sejam: sigilo profissional e do conteúdo de comunicações, inviolabilidade de domicílio e o direito de não ser incomodado.

3.2.3.1 Sigilo profissional

Há pessoas que, por necessidade e expressa anuência do titular, acabam adentrando na esfera da sua privacidade. É dizer, além dos amigos mais íntimos e a família, há outras pessoas que, em razão do ofício em que se especializam, em seu próprio exercício terminam por ultrapassar a barreira da privacidade alheia.
Neste sentido, e trazendo a título de exemplificação uma variedade de situações, Hidemberg Alves da Frota (p. 484):

> [...] compartilham da vida privada do indivíduo (ainda que em graus diferentes) os terceiros especializados em determinado mister, cujo exercício implica adentrarem o espaço privado do destinatário da atividade. Exemplos: empregados domésticos, secretários particulares, contabilistas, motoristas, professores de educação física, advogados, assistentes sociais, psicólogos, profissionais de saúde e conselheiros espirituais. (FROTA, p. 484)

Neste espeque, a fim de proteger o indivíduo de eventual devassa à sua privacidade pela propagação de informações a que outrem, por força da sua profissão, teve acesso de forma excepcional, o ordenamento jurídico confere ao titular das informações o sigilo profissional. Esta manifestação da intimidade do indivíduo consiste justamente na proteção dada à informação confiada para proibir que o receptor as divulgue ou as use em situação que não a do regular exercício da sua função.

Nesta linha, André Ramos Tavares (2008, p. 627) leciona que “o segredo profissional assegura o titular da informação íntima de não vê-la divulgada por quem dela tomou conhecimento em virtude de sua profissão”. O autor ainda vai além ao sustentar que o sigilo profissional se manifesta em duas vertentes, vale dizer, não só a imposição da adoção de conduta negativa consubstanciada na necessária

abstenção em divulgar as referidas informações a que teve conhecimento, como a imposição de conduta comissiva no sentido de diligenciar para que ninguém mais tenha acesso a elas, enquanto se encontrem em seu poder (TAVARES, 2008, p. 267).

O jurista Hidemberg Alves da Frota, seguindo linha doutrinária forte em Arnoldo Wald (1992), vislumbra a idéia de que o sigilo profissional não interessa apenas ao titular da informação, *in verbis*:

> [...] ressalte-se que o sigilo profissional é do interesse do *sujeito passivo* (a fim de ter preservadas da ilícita e antiética exposição pública e a terceiros, pessoas físicas e jurídicas, de informações patrimoniais e extrapatrimoniais concernentes à sua vida privada), do *sujeito ativo* (com o propósito de honrar seu dever deontológico de discrição e de manter intacta sua confiabilidade e honorabilidade), assim como do Poder Público e da sociedade em geral (respeito aos princípios da boa-fé e segurança jurídica, além da promoção de condições mínimas de coexistência coletiva, de desenvolvimento socioeconômico, de exercício legal de atividade profissionais e da preservação da integridade psíquica e moral da coletividade). (2009, p. 487)

A inviolabilidade do segredo profissional, ainda que abarcada da proteção constitucional à intimidade, posto que manifestação desta, possui proteção infraconstitucional própria, uma vez que constitui o bem juridicamente tutelado da norma criminal que emana do art. 154 do Código Penal[29]. Trata-se, pois, a violação ao segredo profissional de ilícito também na seara penal; demonstrada, pois a relevância jurídica da proteção em apreço, vez que objeto de preocupação do Direito Penal, visto no ordenamento jurídico como *ultima ratio*.

3.2.3.2 Sigilo do conteúdo de comunicação

Compreende-se como conteúdo de comunicação todo teor de qualquer diálogo interpessoal levado a cabo através de algum meio apto a transmiti-lo. Conforme consignado *supra*, enquanto a proteção aos dados de comunicação dá guarida apenas ao revestimento da informação transmitida, como nome dos comunicantes, data e hora da transmissão, etc., o sigilo do seu conteúdo, manifestação clara da intimidade do indivíduo, diz respeito ao que se leva nesta transmissão.

---

[29] Código Penal
Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Nas palavras de Hidemberg Alves da Frota:

> [...] no cinturão em que se encastoa a vida íntima repousa o *sigilo do teor de comunicações particulares de toda sorte* (do colóquio ao pé do ouvido à transmissão telemática, passando pela epistolar, telegráfica, radioelétrica, telefônica e informática), cujo descerramento deixa entrever em detalhes ou escancara a mentalidade da pessoa corpórea e de sua personalidade (2009, p. 490).

O rol dos direitos fundamentais consagrados da Constituição Federal prevê, em seu inciso XII[30], expressamente a inviolabilidade do sigilo do conteúdo das comunicações. Nada obstante, assim como o faz quanto ao sigilo profissional, o Direito Penal também tutela este bem jurídico, prevendo como conduta típica, a teor do art. 151 e parágrafos do Código Penal[31], violar o conteúdo de comunicação alheia. Percebe-se, igualmente ao sigilo profissional, a relevância para o ordenamento jurídico deste bem, posto que lesão a este constitui ilícito no âmbito penal, que, por sua própria natureza, cuida apenas de proteger bens juridicamente relevantes.

Dentro do sigilo do conteúdo de comunicações, destaca-se, notadamente, o sigilo à correspondência e o sigilo das comunicações telefônicas.

3.2.3.3 Inviolabilidade de domicílio

Domicílio, para fins de proteção constitucional, é a porção delimitada no espaço em

---

[30] Constituição Federal de 1988.
Art. 5º [...]
XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

[31] Código Penal
Violação de correspondência
Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
Sonegação ou destruição de correspondência
§ 1º - Na mesma pena incorre:
I - quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói;
Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica
II - quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;
III - quem impede a comunicação ou a conversação referidas no número anterior;
IV - quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal.
§ 2º - As penas aumentam-se de metade, se há dano para outrem.
§ 3º - Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico:
Pena - detenção, de um a três anos.
§ 4º - Somente se procede mediante representação, salvo nos casos do § 1º, IV, e do § 3º.

que o indivíduo exerce, com exclusividade, as atividades relacionadas à sua privacidade, bem como concernentes a sua família e trabalho. Trata-se, pois, de conceito diverso daquele consagrado no art. 70 do Código Civil[32], abrangendo não só o local em que firma sua residência como seu lugar de trabalho.

Neste sentido:

> [...] em verdadeira aplicação analógica da proteção conferida pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal entendeu que também os locais em que se exerce a profissão fazem jus ao benefício constitucional de proteção da privacidade. (TAVARES, 2008, p. 617)

Por sua vez, o Código Penal andou bem ao já reconhecer, no art. 150, §4º[33], que a expressão "casa" se aplica a diversas situações, entre elas, local não-aberto ao público onde o indivíduo exerce sua atividade laboral.

A inviolabilidade do domicílio é, pois, o reconhecimento pela Lei Maior da casa como lugar em que o indivíduo pode se despir das convenções sociais a que tem que observar a fim de preservar a boa convivência social e de se adaptar aos moldes preestabelecidos, e simplesmente ser aquilo que é em sua essência, livre dos olhares censores de terceiros, onde pode conviver com a sua família ou desenvolver suas atividades sem ser incomodado.

Sobre o tema, debruça-se José Afonso da Silva:

> A *casa como asilo inviolável* comporta o direito de vida doméstica livre de intromissão estranha, o que caracteriza a liberdade das relações familiares (a liberdade de viver junto sob o mesmo teto), as relações entre pais e filhos menores, as relações entre os dois sexos (a intimidade sexual). (2008, p. 207)

Assim como as manifestações da intimidade acima apontadas, o sigilo doméstico é assegurado em sede constitucional, na norma que emana do inciso XI do rol dos direitos fundamentais[34]. A seu turno, também possui proteção por norma penal

---

[32] Código Civil
Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.
[33] Código Penal
§ 4º - A expressão "casa" compreende:
I - qualquer compartimento habitado;
II - aposento ocupado de habitação coletiva;
III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.
[34] Constituição Federal de 1988
Art. 5º [...]
XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial

incriminadora, qual seja, aquela prevista no art. 150 do Código Penal[35].

3.2.3.4 Direito de não ser incomodado

Por fim, consiste ainda manifestação da intimidade, na qualidade de perfeita ocasião para uma comunicação do indivíduo consigo mesmo, forte nas características mais inerentes à sua personalidade, o direito de não ser incomodado.

Este direito há de ser entendido como resultado da construção jurisprudencial iniciada nos Estados Unidos quando, em 1873, o juiz Cooly conceituou privacidade como o direito de estar só (ou *right to be alone*). Em outras palavras, desconsiderando-se a terminologia utilizada, vez que prefere-se a expressão "intimidade", trata-se do reconhecimento de que o indivíduo tem o direito de estar a sós consigo mesmo a fim de encontrar a manifestação mais completa da paz e tranqüilidade que só residem dentro do próprio ser.

3.3 PROTEÇÃO À PRIVACIDADE À LUZ DA CARTA DE 1988.

Indo de encontro à sua antecessora, que não previa expressamente a proteção constitucional à privacidade, a atual Carta Magna brasileira de forma direta e expressa enquadra o direito à vida privada e à intimidade no rol do art. 5º, conferindo-lhe *status*, pois, de direito fundamental.

Nada obstante a Constituição ter assegurado, no inciso X[36], apenas os direitos à intimidade e à vida privada, deve-se salientar que a diferenciação ora trazida é de cunho essencialmente doutrinário e teórico. É dizer, trata-se de tão-somente um esforço didático a fim de separar as camadas que se destacam na análise da privacidade da pessoa.

Com base na principiologia constitucional, discutida no item 2.1.2 deste trabalho, ao

---

[35] Código Penal
Violação de domicílio
Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:
Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

[36] Constituição Federal
Art. 5º. [...]
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

qual se remete o leitor, e em entendendo que o rol do art. 5º não é *numerus clausus* em termos de esgotar todos os direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico pátrio, acenando-se para os decorrentes dos princípios e, inclusive, de outros direitos fundamentais, deve-se entender como também protegido pelo referido comando normativo o direito à privacidade.

Além da legislação infraconstitucional já apontada que regula, no particular, expressões do direito à privacidade, vida privada e intimidade, o Código Civil de 2002, em seu art. 21, também se dedica a ratificar o que já preconizado em sede constitucional, declarando inviolável a vida privada da pessoa natural.

Contudo, em razão da crítica feita *supra* no que concerne à aparente idéia de que a pessoa jurídica não possui vida privada ou, pior, ainda que possuísse, não seria objeto de proteção constitucional, pelos mesmos fundamentos ditos alhures, entende-se que se deve estender a proteção do art. 21 do Código Civil[37] no que tange a inviolabilidade da vida privada, bem como as insculpidas em outra sede legal, também às pessoas jurídicas.

Entrementes, negar proteção à privacidade, vida privada e intimidade da pessoa jurídica é negar a própria efetividade da Constituição e alcance dos direitos fundamentais. Seria, pois, negar toda principiologia que permeia a Carta de 1988, indo de encontro à própria vontade do constituinte e os anseios da sociedade.

---

[37] Código Civil
Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma

4. DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

4.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

Assim como o direito à privacidade, as primeiras preocupações com as liberdades de manifestação, sobretudo de informação, nasceram entre os dogmas do Cristianismo, notadamente por influência da obra de São Tomás de Aquino no século XIII. Não por acaso, são contemporâneas ao santo as primeiras disposições que asseguram a liberdade de informação como direito fundamental de primeira geração, vale dizer, as liberdades consagradas sob o pensamento liberalista em que os direitos fundamentais se contentavam em ser meros freios ao poder estatal, como a Magna Carta de 1215 (CARVALHO, 2003, p. 153).

Em verdade, a liberdade de informação era vista como desdobramento da liberdade em um sentido lato, consubstanciada na liberdade de palavra e de pensamento. É dizer, enxergava-se a liberdade de informação como uma prerrogativa dada ao indivíduo pelo ordenamento jurídico no sentido de impedir qualquer conduta positiva por parte do Estado que pudesse tolher esta manifestação humana; e não como um direito subjetivo do indivíduo que lhe autorizasse exigir uma conduta comissiva de alguém.

Com a evolução da sociedade, sobretudo a evolução de conceitos e valores que transformaram profundamente o mundo pós Primeira Guerra, também passou por uma releitura a idéia de liberdade. Com efeito, surgiram nas Constituições, forte nas doutrinas sociais, a idéia de direitos fundamentais de segunda geração – os direitos sociais, “que correspondem a prestações positivas do Estado em favor dos setores mais fracos da sociedade, com o objetivo de igualização dos homens” (CARVALHO, 2003, p. 153/154), bem como, posteriormente, a estes se juntaram os direitos fundamentais de terceira geração, aqueles entendidos como direitos difusos, ou “relacionados à solidariedade ou à fraternidade” (CARVALHO, 2003, p. 154).

E, andando ao lado desta evolução de conceito de direitos fundamentais, da mesma forma que as liberdade em geral ganharam uma nova ótica, sobretudo sob a influência das teorias que abraçavam a eficácia horizontal das normas protetivas de direitos fundamentais, a definição de liberdade de informação ganhou também novos contornos bem mais elásticos do que se costumava enxergar.

Neste sentido:

> Caminhando no próprio âmago desta evolução conceitual dos direitos fundamentais, a expressão liberdade de imprensa também experimentou profundas transformações, ao ponto de hoje ser concebida de modo mais amplo: como uma liberdade de informação ou mesmo um direito de informação. (CARVALHO, 2003, p. 154)

A liberdade de informação, hodiernamente, é, portanto, vista como um direito complexo, posto que se manifesta em diversas direções que se complementam e, apenas sob esta ótica, é possível se dá ampla eficácia à norma constitucional. Sobre os desdobramentos da liberdade de informação que hoje se manifesta, será melhor explicado no item 4.3, que se remete o leitor a.

Ademais, impende salientar a importância que se deve dar à liberdade de informação, posto que a liberdade de forma material e completa só é alcançada pelo exercício livre das liberdades que tocam a possibilidade de circular informação, seja como emissor, seja como receptor. Neste sentido:

> [...] a importância do tema ganhou amplitude em vários documentos internacionais de direitos humanos, dizendo-se mesmo hoje que o grau de liberdade de um povo é medido pela amplitude conferida ao seu direito de manifestar o pensamento por todas as formas. (PINHO, 2003, p. 127)

Em outras palavras, o efetivo exercício da liberdade perpassa por uma noção completa, interiorização e expressão da liberdade de informação.

4.2 LIBERDADE DE IMPRENSA

4.2.1 Origem

O início da proteção à liberdade de imprensa remonta necessariamente à Inglaterra do final do século XVII, posto que foi o primeiro país a criar uma cultura que protegesse o referido direito fundamental, ainda que não positivado constitucionalmente, quando, em 1695, o Parlamento inglês decidiu não renovar o *Licensing Act*, que acenava a possibilidade de censura prévia. O direito em apreço, contudo, conquanto plenamente livre em seu exercício, sujeitava-se a uma legislação rígida no tocante a responsabilidade e tributação que, de certa forma, acabava por mitigar a ampla liberdade conferida (CARVALHO, 2003, p. 24).

A positivação da liberdade de imprensa enquanto direito de índole constitucional

coube, primeiro, aos Estados Unidos e à França. No caso da Carta americana, embora o texto original de 1787 não previsse a liberdade de imprensa, a 1ª Emenda[38], em 1791, trouxe à sombra da proteção constitucional o direito em apreço, notadamente influenciada pelo julgamento do jornalista Peter Zenger.

A liberdade de imprensa, contudo, como bem assevera Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, não era aplicada de modo absoluto pela Jurisprudência estadunidense, *in verbis*:

> Apesar da Primeira Emenda, contudo, inúmeras decisões da Corte Suprema foram proferidas no sentido de limitar a liberdade de imprensa, em casos de obscenidades e de perigo evidente e presente, este último, principalmente, no períodos de guerra, em que se acentuou naquele País o combate ao comunismo e às opiniões contrárias ao ingresso americano nos conflitos mundiais. (2003, p. 24)

A França, a seu turno, consagrou a liberdade de imprensa em 1789, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 11[39], que passou a fazer parte das Constituições posteriores. Esta já previa, indo de encontro à Carta americana, que este direito não era absoluto, podendo sofrer limitações pela própria Lei a fim de coibir abusos da imprensa.

Em suma, foram a partir das construções destes três países que evoluiu a proteção à liberdade de imprensa, "ora como direito fundamental absoluto, ora como direito fundamental relativizado por uma extensa lista de limitações, e mesmo como direito vinculado à classe trabalhadora, como ocorria nas constituições de países socialistas" (CARVALHO, 2003, p. 27).

Em verdade, a liberdade de imprensa sempre andou ao lado da liberdade dos indivíduos face ao autoritarismo estatal – nos momentos em que o regime político recrudescia, a liberdade de imprensa era limitada à liberdade de fazer publicações, sem a liberdade material de divulgar aquilo que fosse do seu interesse; ao passo em que nos momentos de namoro com o liberalismo, permitia a plena liberdade de imprensa.

---

[38] Constituição Americana.
Primeira Emenda: Congresso não votará lei que disponham sobre o estabelecimento de uma religião ou sobre a proibição de qualquer outra, ou que cerceiem a liberdade de palavra ou de imprensa ou o direito do povo de se reunir pacificamente e dirigir petições ao Governo para reparação de agravos.

[39] Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.
Art. 11. A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode portanto falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelos casos determinados pela lei.

No Brasil, a liberdade de imprensa chegou apenas quando da edição do decreto de 02 de março de 1821 por D. João VI, época em que a família real havia fugido para a colônia. Contudo, mesmo com a previsão legal, a liberdade não era totalmente livre.

A liberdade de imprensa brasileira ainda sofreu, por longos tempos, diversos ataques a sua efetividade em razão dos governos ditatoriais do século passado, até que, com a promulgação da Carta de 1988, foi consagrada sua existência e garantida a sua eficácia.

Não fosse o bastante, em 1996, o país firmou o Tratado Internacional de Chapultepec, "documento elaborado por escritores, jornalistas e juristas com dez princípios que norteiam e reafirmam a liberdade de imprensa e de expressão". Assim, o Brasil deu mais um passo na efetivação da liberdade de imprensa como direito fundamental.

Sobre esta Convenção Internacional, manifesta-se José Augusto Delgado:

> Segundo o tratado, não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. E exercício desta não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente, seja qual for o veículo. (2006, p. 09)

Com efeito, Este passo é de crucial importância para a ampliação do grau de liberdade como um todo da população, posto que não há efetiva liberdade sem o livre exercício da liberdade de manifestar seu pensamento.

4.2.2 Conceito e relevância social

Analisando a etimologia da palavra *imprensa*, percebe-se que o vocábulo deriva do termo *prensa*, "máquina de imprimir caracteres de chumbo embebidos de tinta no papel [...] descoberta por João Gensfleisch de Sorgeloch, conhecido por Gutenberg, no ano de 1436" (CARVALHO, 2003, p. 35). Todavia, modernamente, imprensa vem sido verificada como sinônimo de informação, de sorte que podemos inserir no seu conceito a veiculação de informação por qualquer que seja o veículo.

A imprensa, com a evolução da tecnologia e a conseqüente revolução da comunicação impulsionada pelo processo Globalização por que passa o mundo,

vem ganhando uma grande força dentro da sociedade e, por vezes, na própria soberania do Estado, representando um verdadeiro poder. Neste cenário, René Ariel Dotti afirma que Balzac nomeou a imprensa como “o quarto poder do Estado, expressão que traduz fielmente a importância dos órgãos de informação no contexto da sociedade moderna” (DOTTI *apud* PINHO, 2003, p. 127).

Neste diapasão, superada a conceituação de imprensa, Nelson Hungria (1953) definia liberdade de imprensa como sendo “o direito da livre manifestação do pensamento pela imprensa”. Quanto a este conceito, tempestiva a crítica feita por Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2001, p. 61), que enxerga a definição de Hungria como individualista, preferindo aditá-la com o conceito dado por Nuno e Souza, para quem liberdade de imprensa é a de “imprimir palavras, desenhos, fotografias em que se expressa o que se pensa a se fornecem informações ao público acerca de factos ou actividades próprias ou alheias” (NUNO E SOUZA *apud* GODOY, 2001, p. 61).

Em verdade, a despeito de possuir algumas peculiaridades decorrentes da forma de veiculação, a liberdade de imprensa nada mais é que uma modalidade da liberdade de informação, conquanto trata-se da veiculação de informação, contudo, realizada através da imprensa. Destarte, passar-se-á a enfrentar a conceituação e desdobramentos da liberdade de informação, em seu sentido amplo, no item a seguir.

4.3 DESDOBRAMENTOS DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

A liberdade de informação, em seu sentido lato, compreende o direito de não ser impedido de exteriorizar os fatos a que tem acesso, bem como de ter acesso àqueles a que não tem, podendo escolher livremente o tipo de informação que lhe agrada e sobre a qual deseja se deter mais profundamente. É, pois, liberdade que transpassa a simples divulgação de informação para alcançar direitos legítimos à informação verdadeira e de qualidade, de acordo com o seu interesse e de forma ampla, e a buscar essa informação.

Neste espeque, a liberdade de informação se apresenta sempre sob dois prismas: como um interesse individual e como um interesse coletivo. Insta salientar, contudo, que são sempre concomitantes, isto é, não se apresenta ora como interesse individual, ora como interesse coletivo, mas sempre como um direito complexo,

posto que analisável sobre estes dois aspectos quanto à titularidade.

Indo ao encontro deste entendimento, René Ariel Dotti (1980, p. 156) assevera que "a liberdade de informação se caracteriza, no plano individual, como expressão das chamadas liberdades espirituais". Com efeito, aliada a esta face individual, haveria um direito coletivo, "porque inclui o direito de o povo ser bem informado" (NOBRE *apud* GODOY, 2003, p. 58).

Ainda neste sentido:

> No âmbito da proteção constitucional ao direito fundamental à informação estão compreendidos tantos as atos de comunicar quanto as de receber livremente informações pluralistas e corretas. Com isso, visa-se a proteger não só o emissor, mas também o receptor do processo de comunicação. No aspecto passivo dessa relação da comunicação, destaca-se o direito do público de ser adequadamente informado, tema sobre que Rui Barbosa já chamava a atenção em sua célebre conferência intitulada "a imprensa e o dever da verdade" e que, atualmente, invocando-se a defesa dos interesses sociais e indisponíveis, desemboca na tese de que o direito positivo brasileiro tutela o "direito difuso à notícia verdadeira" (FARIAS *apud* PINHO, 2003, p. 127/128)

À margem deste caráter dualístico da liberdade de informação quanto à sua titularidade, é dizer, diferenciando-se em relação ao dono do interesse protegido, este direito, enquanto direito fundamental, deve ser pensado sobre três enfoques que, antes de se excluírem, se complementam ou são desdobramentos da mesma liberdade, diferenciando apenas da ótica de quem exerce.

Com efeito, enxerga-se a liberdade de informação como: a liberdade de informar, a liberdade de informar-se e a liberdade ao acesso à informação.

4.3.1 Liberdade de informar

A liberdade de informar foi a que primeiro se deu guarida no âmbito do constitucionalismo internacional. É dizer, à luz da análise dos direitos fundamentais sob o prisma da doutrina liberalista, é a primeira faceta que se destaca da liberdade de informação.

A liberdade de informar se consubstancia na permissão conferida pelo ordenamento jurídico para exteriorização da informação. Em outras palavras, é o direito de tornar público os fatos ocorridos e a que se teve acesso, feito de forma objetiva, clara e

isenta[40] (TAVARES, 2008, p. 589).

Com efeito, não está sob o manto da proteção à liberdade de informar, a opinião de quem transmite a informação – esta é agasalhada pela liberdade de manifestação do pensamento. Esta sim possui claramente uma carga valorativa, posto que constitui necessariamente um juízo de valor do emissor sobre o objeto em análise, não se tratando de informação, mas sim de expressão da sua opinião.

4.3.2 Liberdade de informar-se

O reconhecimento da liberdade de informar-se representa um significativo avanço no que concerne à efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo no que tange a aplicabilidade das normas que consagram tais direitos nas relações entre particulares. É que, conforme visto no item 2, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser tida como regra, é dizer, em condições normais, e ainda que não haja regulamentação legislativa infraconstitucional, posto que a vinculação há de ser de forma direta e imediata, os particulares também devem observar os direitos fundamentais uns dos outros nas relações em que participam exclusivamente, isto é, sem a participação estatal.

Neste diapasão, a liberdade de informar-se é o reconhecimento de que o emissor da informação deve observar a liberdade de informação do receptor, à medida que a este é garantida o acesso a informação íntegra, correta e coerente.

A liberdade de informar pode ser, pois, definida como o direito da coletividade de ser informada de forma regular – trata-se, destarte, de direito difuso à informação verdadeira. Com efeito, dois direitos subjetivos decorrem deste direito fundamental: o direito de ser informado e o direito de que essa informação seja verdadeira.

Nesta senda, a liberdade de informar-se acaba sendo um limite intrínseco, posto que imposto pelo próprio direito, à liberdade de informar. É dizer, a despeito de ser dado ao emissor o direito de exteriorizar as informações, estas, em homenagem ao direito

---

[40] O termo “isenta” aqui se coloca não como sinônimo de “neutra”, posto que uma manifestação humana nunca será livre da carga axiológica involuntária que permeia todas as suas atitudes, é dizer, a neutralidade é qualidade sempre utópica. Contudo, em tempo, “isenta” se apresenta como sinônimo de imparcial, em se entendendo que, nada obstante a carga valorativa que aposta à informação, esta deve ser transmitida de forma que o emissor não se posicione expressamente ou imita opinião sobre o fato.

de ser informado do receptor, há de se adequar a padrões que garantam a proteção do direito deste.

Leciona Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, mencionando expressamente como emissor o órgão de imprensa, mas entende-se que deve ser estendido a qualquer relação de comunicação de informação:

> Uma vez optando o órgão de imprensa pela publicação da matéria jornalística, surge para o leitor um direito: o direito à informação verdadeira. A liberdade de expressão, quando galgada ao patamar de direito constitucional de livre imprensa, não pode deixar de ser autêntica, verdadeira, completa. (2003, p. 91)

Importante o final do discurso do autor, uma vez que a expressão de opinião não se restringe à esfera da veracidade, vez que se trata da manifestação da impressão do emissor sobre alguma coisa, ao passo que a liberdade de informação se refere à divulgação de fatos, o que se pressupõe que sejam verdade. A não submissão da liberdade de expressão à veracidade, inclusive, é um dos principais traços diferenciadores entre as liberdades em questão.

Ainda no que concerne à imposição de que a informação propalada seja verdadeira, verifica-se que na Espanha esta limitação à liberdade de informar é amplamente discutida na doutrina, e, inclusive, na própria Constituição Federal, no art. 20[41], é previsto que a informação deve ser verídica.

No mais, maiores considerações acerca da verificação da veracidade da informação transmitida serão feitas no item 5.3.

Há de se anotar, ademais, que o direito à informação verdadeira constitui direito difuso, vez que se trata de direito que ultrapassa a titularidade individual, posto que a sua natureza não comporta divisibilidade e seus titulares, enquanto pessoas indeterminadas, são ligados por circunstâncias de fato, nos termos do art. 81, I da lei federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)[42].

---

[41] Constituição Federal da Espanha
Art. 20.
1. São reconhecidos e protegidos os direitos:
[...]
d) de comunicar e receber livremente informação verídica por qualquer meio de difusão [...] (Traduzido por CARVALHO, 2003, p. 85)

[42] Código de Defesa do Consumidor
Art. 81. [...]

No que toca a conceituação de direitos difusos, impende trazer à colação lição de José Carlos Barbosa Moreira:

> [...] o que se depara é uma série indeterminada – e, ao menos do ponto de vista prático, indeterminável – de interessados, sem que possa discernir sequer idealmente, onde acaba a "quota" de um e onde começa a de outro. A comunhão é indivisível: entre os destinos dos interessados, por força das mais variadas circunstâncias, instaura-se uma união tão firme, que a satisfação de um implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade. (MOREIRA *apud* CARVALHO, 2003, p. 103/104)

Por fim, uma questão importante que se destaca ainda com relação ao direito à informação verdadeira se funda na facilidade com que se é possível encher a rede mundial de computadores de informações. À margem da discussão acerca da possível lesão a direitos da personalidade de outrem, como prática de crime contra a honra, sustentada pela, de certa forma, proteção ao anonimato dada pelos servidores que hospedam os *sites*, convém analisar a problemática no que toca a qualidade das informações postadas.

Vale dizer, hoje em dia, sobretudo com o amplo acesso a computadores, qualquer pessoa minimamente letrada e com razoável conhecimento de informática é capaz de criar *sites*, *blogs* ou similares, que se tornam verdadeiros espaços para publicação de qualquer coisa que seja objeto da vontade do emissor. E, muitas vezes, textos são inseridos nestas páginas da *internet* como se verdadeiras notícias fossem, sustentando suposta veracidade acerca das informações apresentadas. Em outras palavras, verifica-se que as informações duvidosas são postas em mesmo patamar que verdadeiras notícias de jornais eletrônicos de renome, não havendo como, à primeira vista, diferenciá-las.

De fato, esta facilidade em publicar informações sem qualquer controle de qualidade a fim de verificar a procedência dos fatos postados ataca frontalmente a liberdade de informar-se de toda coletividade. Destarte, faz-se mister, cada vez mais, diligenciar no sentido de buscar referências e fontes que transmitam credibilidade acerca das informações prestadas, a fim de se verificar a sua veracidade ou presumi-la.

4.3.3 Liberdade ao acesso à informação

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

A seu turno, a liberdade ao acesso à informação garante a liberdade de escolher a informação que se pretende ler. Em outras palavras, confere ao indivíduo o poder de buscar informações que se ajustam ao seu interesse.

Trata-se, pois, do reconhecimento pelo ordenamento jurídico da desigualdade dos indivíduos. É dizer, sendo todas as pessoas umas diferentes das outras, cada uma tem suas próprias preferências, gostos divergentes e peculiares, de modo que o tipo de informação que se conforma com a expectativa de um não significa que se coadunará com o gosto de outro.

Esta manifestação da liberdade de informação se dá forte no reconhecimento da inviolabilidade da vida privada. É que, conforme visto no item 3.2.2, cada pessoa tem o poder de escolher o rumo da sua vida e se autodeterminar neste sentido, vivendo da forma que melhor se ajusta às suas noções de sucesso e expectativa com relação à vida. É inviolável, pois, e livre da interferência alheia, a escolha de como gerir sua vida e a escolha das suas preferências pessoais.

Com efeito, não pode ser imposto a ninguém consumir determinada informação, ou ter acesso a tipos de informação que não lhe agradam, sob pena de estar-se violando o estilo de vida que o indivíduo escolheu para si. Deve-se, em sentido oposto, conferir-lhe o direito de ter acesso à informação que deseja e que se põe em consonância com as suas preferências.

4.4 PROTEÇÃO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO À LUZ DA CARTA DE 1988

A Constituição Federal de 1988 traz, em algumas oportunidades, menções a diversas manifestações da liberdade de informação. No rol dos direitos fundamentais inserido no art. 5º, está previsto, nos incisos XIV e XXXIII[43], a liberdade de informar-se e ao acesso à informação. Contudo, no que toca a liberdade de informar, o Texto

---

[43] Constituição Federal de 1988.
Art. 5º. [...]
XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
[...]
XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Fundamental apenas minudenciará sua proteção no art. 220[44]. A despeito, da regulação à liberdade de informar vir apenas no art. 220; longe, pois, dos outros direitos fundamentais e do dispositivo que os consagra, entende-se que tal entendimento não tem razoes para prosperar.

É que o próprio art. 5º já se veste de uma impressão de que não teria pretensão de esgotar todos os direitos fundamentais previstos no ordenamento pátrio quando, no § 2º do referido dispositivo constitucional, afirma que os incisos não excluem outros direitos decorrentes do regime e da principiologia adotados pela Lei Maior. Neste espeque, lançando mão da interpretação histórica, e consubstanciado nos fatos de que é vedada à censura, a forma com que se protege à liberdade de informação, consagrando como, presumivelmente, livre e a relevância do direito em apreço, depreende-se que, nada obstante a divergência geográfica, a liberdade de informar, consagrada do art. 220, constitui legítimo direito fundamental.

Impende salientar, contudo, que embora a Constituição considere, a princípio, completamente livre o exercício dos direitos relativos à informação, ela própria, nos na parte final e nos parágrafos do dispositivo que os garante, condiciona-os a determinadas hipóteses. É dizer, ao passo em que assegura que não sofrerá quaisquer restrições, o *caput* do dispositivo constitucional em apreço vincula o exercício ao disposto na própria Constituição. Não bastasse esta disposição para se confirmar o entendimento de que é ilícito o amplo exercício da liberdade de informação quando contrarie direito fundamental expresso no Texto Constitucional, o § 1º do mesmo artigo menciona expressamente que nenhuma lei restringirá a liberdade de informação, desde que observado o disposto no art. 5º, X (dispositivo que emana norma que garante o direito à privacidade).

Destarte, a própria Constituição Federal já norteia o entendimento de que a liberdade de informação não é absoluta; mas, antes, deixa claro que há hipóteses em que a liberdade de informação é comprimida face à outro interesse, *in casu*, mais relevante juridicamente,

Com efeito, a liberdade de informação sofre limitações impostas pelas próprias normas que a garantem, em sede constitucional, ou outras normas espalhadas pelo

---

[44] Constituição Federal de 1988.
Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

texto constitucional mas que, de uma forma ou de outra, terminam por mitigar a ampla liberdade. E entre os principais motivos de limitação ao referido direito está o conflito com outras normas que possuem *status* de direito fundamental, como será melhor aprofundado no capítulo seguinte.

5. DIREITO À PRIVACIDADE x LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

Conforme exaustivamente discutido no capítulo 2, os direitos fundamentais são normas de força vinculante ampla o suficiente para alcançar, não só o Estado-opressor, como proteger os particulares nas relações travadas por eles mesmos. É dizer, superando o conceito liberal de ferramenta de frenagem da atuação estatal, sobretudo à luz do discurso neoconstitucionalista de enxergar a Constituição como instrumento ativo de desenvolvimento social e não apenas como ferramenta passiva de frenagem do avanço do poder estatal, da realidade que se apresenta no país e da principiologia do Texto Fundamental, aos direitos fundamentais devem ser emprestadas máxima eficácia. E, neste diapasão, chega-se à conclusão de que dar às normas protetivas de direitos fundamentais ampla eficácia é exigir observância deles em todas as relações intersubjetivas, ainda que ausente o Estado e presentes apenas atores privados.

Com efeito, percebe-se um possível embate do ponto de vista prático entre os direitos fundamentais explanados nos capítulos 3 e 4. Em outras palavras, trazendo de volta à baila a necessária observância dos particulares aos direitos fundamentais, deve o agente informador, seja órgão da imprensa ou não, respeitar o direito à privacidade da pessoa sobre a qual se refere a informação, sob pena de ofensa à norma constitucional.

E, ainda, do ponto de vista contrário, é verdade também que a liberdade de informação, na qualidade de direito fundamental constitucionalmente protegido, deve também ser respeitada pelos particulares. Com efeito, é no intuito de solucionar a suposta colisão entre os interesses, *prima facie*, antagônicos que se desenvolve este capítulo.

5.1 APARENTE CONFLITO ENTRE NORMAS

À primeira vista, o direito à privacidade, como direito do indivíduo de excluir do acesso do conhecimento público determinados assuntos, e a liberdade de informação, como direito do emissor de poder divulgar toda informação que se tem acesso e do receptor em ter acessos a ela, não se coadunam dentro de um mesmo espaço. É dizer, não há como se verificar o exercício de um sem lesão do outro e

vice-versa.

Quando se pensa em vinculação à normatização dos direitos fundamentais pelo Estado, posto que os direitos fundamentais são de titularidade sempre dos indivíduos particulares, nunca se enxergará um conflito entre eles. Não há, portanto, a compressão de um em face do exercício de outro. Entretanto, pensando os direitos fundamentais na ótica de que também os particulares estão a ele vinculados, entender os referidos direitos fundamentais como absolutos é criar, de fato, situações em que não há como todos conviverem em harmonia. Em outras palavras, para que um dos direitos se afirme absolutamente, haver-se-ia de afastar completamente a incidência de tantos outros.

O ordenamento jurídico, contudo, na qualidade de sistema, deve observar padrões de compatibilidade a fim de que não haja, dentro de si próprio, partes que se choquem com outras, causando um conflito interno no sistema. Assim, não há de se admitir, dentro de um mesmo ordenamento, normas que se abalroem a ponto de extinguir a eficácia uma da outra.

Em outras palavras, “a teoria do ordenamento jurídico está fundada na unidade, na coerência e na completude” (PINHO, 2003, p. 132), tornando assim o Direito um todo indivisível.

Como unidade, “compreende-se o Direito como um sistema unitário de normas e trata-se de uma unidade formal, relativa ao modo pelo qual as normas são postas” (PINHO, 2003, p. 132). Esta unidade, conforme a doutrina de Kelsen, difere-se da unidade no ordenamento jurídico estático, por exemplo a moral e o decorrente do jusnaturalismo. Para o autor, no caso do ordenamento jurídico dinâmico, como o inaugurado pela Constituição pátria, a norma hipotética fundamental dá fundamento tão-somente de validade às normas inferiores, não de conteúdo. Assim, estas normas devem obedecer ao princípio da unidade no que tange apenas às formas procedimentais (PINHO, 2003, p. 132/133).

A seu turno, a coerência e completude dizem respeito ao conteúdo das normas, de forma que, seja por excesso ou por falta (BOBBIO *apud* PINHO, 2003, p. 133), verifica-se que há normas contraditórias dentro do mesmo sistema, ou ausência de norma que solucione determinado conflito.

Destarte, é justamente com o intuito de solver esses possíveis conflitos que possam

decorrer da interpretação das normas, de forma isolada, que o próprio ordenamento jurídico, à luz da interpretação enquanto ordenamento, ou, em outras palavras, interpretação sistemática, institui critérios de resolução. Estes critérios se adéquam, mormente, à espécie normativa em conflito.

As regras, vale dizer, espécie normativa que prevê prescrições imperativas em caráter concreto, em razão da sua natureza, exigem que sua aplicação seja exata e completa. Em outras palavras, as regras não admitem serem utilizadas em parte ou limitadas pela incidência de outra regra; submetem-se, pois, a máxima do *all or nothing* – ou se aplica em sua totalidade, ou não se aplica ao caso sob análise.

Com efeito, quando a colisão se dá entre regras, chega-se à conclusão de que não é possível a existência harmônica entre elas – uma delas deve ser afastada para afirmação de outra. Neste espeque, o ordenamento jurídico prevê um regramento para aferição de qual norma deve ser aplicada no caso concreto que a doutrina costuma separar em três critérios: cronológico ou temporal, espacial, hierárquico e da especialidade.

Pelo critério cronológico, tem-se que se duas normas regulam completamente a mesma matéria, conquanto de formas distintas, a norma superveniente revoga a anterior. A doutrina chama esse fenômeno de revogação tácita, vez que, ao regular sobre a mesma matéria que outra regra, a norma mais nova, ainda que de forma não expressa, está manifestação a vontade do legislador de que aquela situação fática não mais seja regulada pela norma antecessora e sim pela que passa a vigorar. Trata-se, pois, de caso em que uma norma revoga a outra, posto que os outros critérios apenas afastam a incidência de uma, posto que inaplicável *in casu*, e verificam a vigência de outra.

O critério espacial, na verdade, é um critério delimitador da vigência da norma. Toda norma é aplicada e vigora sobre um determinado espaço demarcado. Por exemplo, ao passo em que uma lei federal se aplica a todo país, uma norma editada pela Câmara de Vereadores do Município de Salvador só vigorará no território desta cidade, excluindo todos os outros Municípios do Estado da Bahia e do restante da Federação. Destarte, se estão em conflito uma norma editada pela Câmara de Vereadores de um determinado Município e outra norma editada pela Câmara de Vereadores de outro Município, aplicar-se-á em cada um deles a norma local,

excluindo-se a vigência da norma conflitante naquela localidade. Neste caso, ao contrário do critério anterior, não há revogação de uma das normas em colisão, vez que apenas se verifica que uma é aplicada em determinado local e a outra norma em outro.

O terceiro critério diz respeito à hierarquia das normas – normas hierarquicamente superiores afastam a incidência de normas contrárias de grau hierárquico inferior. Evidentemente que uma lei ordinária contrária a Constituição Federal é afastada do ordenamento, posto que maculada com a pior das pechas existentes no sistema jurídico constitucional: o da inconstitucionalidade. Mas, ainda por este critério, derroga-se um decreto por contrariedade a uma lei, bem como portarias e resoluções em conflito com decretos editados pelo Poder Executivo em razão da diferença hierárquica existente. Neste caso, assim como no estampado no primeiro critério, a afirmação da norma hierarquicamente superior implica na retirada do ordenamento da norma inferior contrária àquela.

Por fim, o último critério apontado é o da especialidade. Por este método de solução de conflitos, uma norma especial afasta a incidência de outra editada em caráter genérico. É dizer, se uma regra visa normatizar especificamente uma situação em especial é porque ela tem a intenção de prever algumas exceções ou casos particulares aplicados àquela situação determinada. Assim, quanto a esta situação específica, aplica-se a lei especial; enquanto que às outras situações aplica-se a legislação geral.

Cumpre ressaltar que todos estes critérios, seja extirpando a norma não aplicada do ordenamento jurídico ou não, sempre chegam à conseqüência de que uma norma é aplicada ao caso em apreço – em sua totalidade – enquanto a outra não. Isto se dá pela lei do *all or nothing* a que as regras se submetem em razão da própria característica.

Contudo, os princípios também diferem neste sentido das regras. Os princípios, como normas que prescrevem padrões de otimização do ordenamento jurídico, instituindo paradigmas que podem ser cumpridas em diversos graus (ÁVILA, 2007, p. 123). Desta forma, como as prescrições dos princípios são sempre de conteúdo abstrato e genérico, sua imperatividade é de certa forma restringida. Não quer dizer que não vinculem – pelo contrário – mas a aplicação desta espécie normativa no

caso em concreto se dá sempre harmonizando os diversos princípios aplicáveis. Em outras palavras, conquanto sua violação constituam ilícitos tanto quanto a violação a regras, a força imperativa dos princípios atua de forma diferente, posto que, até pela natureza desta espécie normativa, firme no traçado de diretrizes a serem seguidas e no caráter programático, sempre haverá mais de um princípio a ser aplicado em um mesmo caso prático, ainda que apresentem manifestações antagônicas.

Com efeito, a conformação dos princípios conflitantes deve ser feita de forma a harmonizá-los para que todos continuem em pleno vigor, não afastando a incidência de um deles por não aplicável, revogado ou inconstitucional, como é no caso de colisão de regras. O método de solução do embate entre princípios se dá através da ponderação no caso concreto de qual princípio deve prevalecer, não pelo afastamento da incidência de um, mas porque o outro, naquelas circunstâncias, mostra-se mais importante.

Assim, a depender da espécie normativa que esteja em conflito, o ordenamento jurídico prevê critérios ou técnicas de solução, com base nas características das normas conflitantes. Ora afastando a incidência, seja por inaplicabilidade, seja por não existir, de fato, no ordenamento, ora se verificando uma norma prevalente, o sistema sempre dá uma resposta sobre qual norma é aplicada ao caso que se apresenta, nunca existindo, ao final do procedimento interpretativo, duas normas aplicáveis.

Com efeito, a rigor, não há que se falar em antinomia ou conflito entre normas. É que, analisando-se o sistema como um todo, se dentro dele há normas que, *prima facie*, se chocam, também há, no mesmo sistema, técnicas ou critérios de conformação entre elas. Destarte, o suposto conflito existe apenas à primeira vista; é dizer, as normas em si não estão postas em conflito posto que, com um esforço interpretativo, percebe-se a solução adequada. Em sentido oposto, antinomia existiria caso as técnicas de resolução previstas no sistema não fossem suficiente para solucionar o embate, de forma que, mesmo interpretando as normas em questão como partes integrantes de um sistema complexo, ainda assim não se verificasse a solução correta.

No caso em tela, pois, o conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de informação apresenta-se apenas como aparente, vez que há formas de

conformação entre as normas em choque. Ainda que os critérios apontados acima não dêem conta da solução da problemática entre os referidos direitos fundamentais, posto que, na qualidade, de regras, a possível conflito entre eles deveria ser resolvido mediante aplicação de um daqueles quatro critérios apresentados, conforme se passa a expor no item a seguir deste trabalho, existe uma forma eficaz de acomodação entre eles.

Em outras palavras, nem o critério cronológico ou temporal, nem o hierárquico superam o impasse apresentado, vez que ambos os direitos, na qualidade de normas constitucionais consagradas com o *status* de direito fundamental, foram positivados ao mesmo tempo na mesma Lei. No que tange ao critério espacial, também este não oferece solução, tendo em vista que, como previstos na Constituição Federal, tem vigência obrigatória em todo o território nacional. E, por fim, o critério da especialidade também não é suficiente, posto que tratam de matérias distintas.

Com efeito, superados os critérios em destaque sem lograr êxito no que toca a solução do conflito verificado, deve-se lançar mão, sob pena de configurar antinomia jurídica, de outra forma de conformação entre normas prevista no ordenamento como forma idônea para conseguir tal desiderato.

5.2 PONDERAÇÃO COMO FORMA DE CONFORMAÇÃO ENTRE REGRAS

Os direitos fundamentais, ainda que positivados em forma de regra, o que acarretaria a sua vinculação à forma clássica de resolução de conflitos delineada no item anterior, carregam em si mesmo imensa carga axiológica que os distingue das outras regras comuns. É dizer, ainda que se apresente como prescrições imperativas, qualidade típica das regras, trazem consigo um aspecto valorativo comum aos princípios.

Neste sentido:

> A rigor, direitos da personalidade e liberdade de imprensa se expressam sob a forma de regra porque, com isso, tendem a propiciar maior proteção a seus titulares. Não perdem, contudo, sua essência de princípios que Edilsom Pereira de Farias chama de princípios-garantia, mas cuja fonte está no princípio estruturante fundamental da dignidade da pessoa humana, tomada, essa sim, como valor máximo do ordenamento. (GODOY, 2001, p. 68)

Indo ainda ao encontro deste entendimento, Suzana de Toledo Barros observa que "os direitos fundamentais, mesmo quando expressos sob a forma de regra, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que proteger" (BARROS *apud* GODOY, 2001, p. 67/68).

Com efeito, não há, pela peculiaridade que lhes é inerente, submeter os direitos fundamentais aos mesmos critérios de solução de conflitos que as outras regras. Enquanto normas dotadas de grande carga axiológica, as normas que prescrevem direitos fundamentais não se coadunam com o critério do *all or nothing* aplicado às regras, e sim ao da ponderação, típica das normas principiológicas.

Sobre o método ponderativo, assevera Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

> Para Karl Engish, o princípio da ponderação de bens, na verdade, antes de penetrar no campo do direito constitucional, particularmente com o julgamento do chamado "caso Lüth", de 15-1-1958, em que se analisava a extensão da liberdade de expressão, em face de direitos da personalidade, foi originalmente elaborado para o direito penal, ainda que, depois, tenha vindo a espraiar sua doutrina também ao direito civil e ao direito administrativo, em especial no controle do poder discricionário. (GODOY, 2001, p. 73)

É dizer, não só o caso Lüth, conforme dito no item 2.2.1.1, foi importante marco para a evolução da teoria da vinculação dos particulares às normas que consagram direitos fundamentais, como afirmou a ponderação como forma idônea para conformação do choque havido entre estes direitos à luz da necessária observância pelos particulares dos direitos uns dos outros.

Deve-se lembrar ainda, na defesa da utilização da ponderação no caso em tela que, em decorrência do que impõe a principiologia da Constituição Federal de 1988, deve-se dar a maior efetividade possível aos direitos fundamentais. Neste espeque é dizer, não é torná-los absolutos, posto que a afirmação de forma absoluta dos direitos fundamentais, como visto, levaria à aniquilação deles próprios[45] e criaria ainda mais conflitos entre eles; mas relativizá-los de forma que um não afaste a incidência do outro, nem tampouco derrogue-o ou revogue-o, mas que, no caso concreto, um prevaleça em relação a outro, ainda que ambos vigentes.

Este entendimento encontra também fundamento na teoria da concordância prática formulada por Konrad Hesse. Sobre o pensamento do autor alemão:

---

[45] Neste sentido, René Ariel Dotti (1980, p. 181) afirma que "não é possível tratar o problema em termos absolutos posto que sob tal perspectiva, o direito à privacidade e a liberdade de informação se excluem em face da tendência material de cada um levar à destruição do outro".

> O princípio da concordância prática ou da harmonização, formulado por Konrad Hesse, está ligado aos princípios da unidade da Constituição, do efeito integrador e da proporcionalidade, e impõe ao intérprete a coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito ou em concorrência, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. (BONAVIDES *apud* PINHO, 2003, p. 152/153)

Neste sentido:

> A verdade, porém, consoante observa Nuno e Souza, é que a teoria da concordância prática, que busca uma coordenação entre direitos fundamentais e limitações que a eles se oponham, não deixa de se tratar de "um específico problema de ponderação de bem: se, no caso concreto, um direito tem de recuar, ou não, perante outros direitos fundamentais de um ou mais titulares de direitos" (GODOY, 2001, p. 74)

Esta ponderação, contudo, não pode ser realizada de forma aleatória, devendo seguir determinados parâmetros trazidos pela doutrina constitucional, sob pena de dar margem a interpretações absurdas que possam fugir da vontade do constituinte. Neste diapasão, revelam-se como importantes padrões de interpretação, ou aspectos a serem levados em consideração no esforço valorativo da ponderação três fatores: a análise do caso concreto, o princípio da proporcionalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O primeiro encontra fundamento no fato de que não há ponderação sem exame de um suporte fático concreto. A ponderação vai ser sempre uma resposta para um conflito concreto entre dois ou mais direitos fundamentais de modo que, naquele caso específico, dada as peculiaridades que se apresentam, um determinado direito fundamental deve prevalecer sobre outro.

Com efeito, não há que se falar em ponderação entre direitos *in abstracto*, sem o embate concreto entre os direitos, já que dependerá das particularidades do caso em questão a solução para o conflito. Inclusive porque, no plano teórico, os direitos não se confrontam, apenas existindo o conflito quando das suas manifestações no plano físico.

O segundo ponto importante a ser observado na ponderação axiológica entre os direitos conflitante é o princípio da proporcionalidade. Este princípio é norma que permeia todo o ordenamento jurídico e se liga eminentemente aos ideais de Justiça.

Vale dizer, não há Justiça sem aplicação do princípio da proporcionalidade – qualquer aplicação do Direito, confronto de normas, conflito entre bens jurídicos tutelados, exercício de direito subjetivo, deve respeitar a proporcionalidade. Não há

como o ordenamento jurídico proteger a utilização de meios desproporcionais, de forma que a não observância deste princípio, sempre traz a idéia do ilícito.

O princípio da proporcionalidade é alçado por Humberto Ávila à categoria postulado, que se diferenciaria dos princípios por ter aquele uma função eminentemente interpretativa, de estruturação da aplicabilidade de outras normas, voltada ao aplicador do Direito, ao passo que os princípios são normas que descrevem um "dever-ser ideal", podendo ser aplicados em vários níveis (2007, p. 122/123).

Sobre esta diferenciação:

> Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas. (ÁVILA, 2007, p. 122)

Destarte, adotando-se ou não a terminologia formulada pelo autor, o importante é que o princípio (ou postulado) da proporcionalidade traz uma noção de proporção entre os meios que são adotados e os fins que se pretende atingir. A sua aplicabilidade, pois, exige a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Nas palavras de Humberto Ávila:

> A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principial das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. (2007, p. 164)

Neste espeque, três são os exames que devem ser feitos, à luz da doutrina de Humberto Ávila (2007), para verificação da proporcionalidade entre os meios e fins em uma dada situação concreta: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O exame da adequação "exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim" (ÁVILA, 2007, p. 165). É dizer, a solução escolhida deve constituir meio idôneo para o alcance do objetivo a que visa, não havendo que se falar em proporcionalidade se o meio entendido como melhor não traz como

conseqüência obrigatória a finalidade pretendida.

A necessidade, a seu turno, “envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido [...], e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados” (ÁVILA, 2007, p. 170). Vale dizer, deve-se analisar se, naquele caso concreto, é realmente necessária a adoção daquela solução para que se consiga obter o fim pretendido, não havendo outro meio menos gravoso.

Por fim, o exame da proporcionalidade *stricto senso* “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais” (ÁVILA, 2007, p. 173). É dizer, deve-se proferir um juízo de valor acerca dos bens jurídicos em jogo, a fim de se verificar se é mais importante o fim que se pretende obter ou a manutenção da integridade dos direitos que restariam tolhidos caso se adotasse como solução a realização dos meios.

Em outras palavras, e voltando ao embate específico que aqui se apresenta, ao se, em determinado caso concreto, privilegiar um dado direito fundamental em detrimento de outro, cria-se uma relação de causa e conseqüência em que, necessariamente, põe-se como meio para atingir um fim, a redução *in casu* de um direito fundamental, e fim este que é a afirmação de outro direito também alçado ao *status* de direito fundamental. É dizer, à luz do princípio da proporcionalidade, verificar-se-á se a prevalência de um direito justifica a redução da eficácia de outro de hierarquia idêntica.

O princípio da proporcionalidade traz, portanto, um critério de valoração entre os direitos fundamentais em jogo, admitindo que o sopesamento não prescinde do esforço valorativo no que toca a adequação, necessidade e proporcionalidade entre o ato de reduzir a eficácia de determinado direito em favor da prevalência de outro.

Por fim, quanto aos fatores a serem analisados no juízo ponderativo, deve-se observar ainda o princípio da dignidade da pessoa humana. Qualquer método interpretativo ou de ponderação que leve à ofensa injustificada do bem maior protegido pela Constituição Federal, o da dignidade da pessoa humana, não pode ser entendido como correto ou justo. Assim, não de se aceitar soluções que coloque o ser humano em posição de humilhação ou que fira sua dignidade.

Sobre esta preocupação com a dignidade da pessoa humana, posiciona-se Judicael

Sudário de Pinho:

> Não é lícito também ignorar que o sistema constitucional não se pode afastar do princípio essencial de que toda ordem jurídica deve gravitar em torno das bases insertas no art. 1º, da Constituição Federal de 1988, em especial a prevista no seu inciso III, segundo o qual a República Federativa do Brasil tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana. (2003, p. 142)

Ainda, continua o autor:

> A dignidade da pessoa humana, pois, um princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, busca a valorização da pessoa, do cidadão enquanto individualidade, do ser com capacidade própria de raciocínio. A dignidade da pessoa humana é a garantia das condições mínimas de sobrevivência para que o homem possa exercer os direitos oportunizados pela garantia de ser cidadão. (PINHO, 2003, p. 143)

Com efeito, deve ser observado também o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a coibir que uma ponderação entre direitos fundamentais conflitantes acabe tolhendo de forma não justificada este princípio fundamental da ordem constitucional pátria.

Impende ressaltar que, ao contrário do princípio (ou postulado) da proporcionalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana não possui manifestação absoluta sempre, podendo ser relativizado a depender da situação concreta que se apresente. De outra forma, não seria possível a prisão de um sujeito condenado, mesmo que por sentença transitada em julgado, posto que violaria a sua dignidade enquanto ser humano, contudo, ainda assim, não é possível a aplicação de penas desumanas, nem de métodos de tortura, por exemplo, para obtenção de provas. Assim, de qualquer forma, ainda que não seja princípio absoluto, não há, todavia, como se admitir sua compressão de forma injustificada, nem tampouco, seu afastamento por completo.

Trata-se, pois, de parâmetro para ponderação não como valor absoluto de resolução de conflitos. É dizer, não é que, em havendo conflito em que um direito que esteja mais próximo do princípio da dignidade da pessoa humana este seja privilegiado necessariamente, mas é um valor a mais, junto aos outros apontados, a ser levado em consideração no processo axiológico ponderativo.

5.3 TENTATIVA DE CRIAÇÃO DE *STANDARDS* DE INTERPRETAÇÃO

Este tópico visa, preponderantemente, tentar traçar alguns parâmetros ou padrões a

serem seguidos a fim de ser criar *standards* de interpretação, em homenagem, inclusive, à segurança jurídica, *ex vi* da adoção do método ponderativo gerar um controle fraco das decisões judiciais, já que confere ao juiz amplo espaço para deixar fluir sua criatividade interpretativa, decidindo, no caso concreto, qual direito deve prevalecer. É dizer, se é utilizado o método da ponderação é porque qualquer direito em tese poderia prevalecer, isto é, no plano teórico qualquer dos direitos fundamentais é aplicável ao caso, então seria plausível qualquer fundamentação em favor de uma ou outra solução.

Todavia, nem sempre (ou quase nunca) qualquer solução é vista como mais justa. A despeito de, na teoria, qualquer dos direitos poder ser aplicado à situação fática concreta, observar-se-á que normalmente haverá apenas um que merece prevalecer.

E é neste esforço de se criar padrões de interpretação, a fim de se instituir casos em que o pêndulo tende a se aproximar mais ou menos de um ou outro direito para guiar o aplicador do Direito, que se desenvolve este item. Nada obstante, como dito, a ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes sempre se dar à luz do caso concreto, é possível a criação de paradigmas a serem servido de orientação. Sem força vinculativa, posto que cada caso possui suas particularidades; mas, antes, um estudo de casos em que comumente estão em conflito o direito à privacidade e a liberdade de informação, a fim de se trazer algumas considerações a respeito.

A primeira situação se refere aos próprios requisitos do exercício da liberdade de informação costumeiramente trazidos pela doutrina. É dizer, o fato informado deve ser verídico e de interesse público, transmitido por uma linguagem adequada. Quanto à veracidade dos fatos, duas teorias buscam conceituá-lo: a objetiva exige a existência de prova sobre os fatos, ao passo em que a subjetiva entende imprescindível somente uma diligência no sentido de se averiguar se os fatos correspondem à realidade.

Quanto à veracidade, entende-se que o que se depreende da informação veiculada deve corresponder em sua exata medida àquilo que, de fato, ocorreu. Ou, nas palavras de Guilherme Döring Cunha Pereira (2002, p. 157/158): “o informador deve descrever ou desvelar essa realidade, fazendo-a cognoscível a terceiros e, para

conseguir essa tarefa, deve deixá-la ser o que é, sem alterá-la, sem fazer dela outra diferente". Desantes Guanter vai além observando que a verdade é um requisito de existência da informação, posto que só é informação se for verídica (GUANTER *apud* PEREIRA, 2002, p. 158).

Esta é acepção objetiva de verdade, que exige a existência de prova sobre os fatos informados, a fim de que haja sobre o objeto da informação a certeza de que aquilo realmente corresponde ao fato ocorrido. Contudo, parte da doutrina entende que a veracidade em sentido objetivo seria algo impossível diante da dinâmica da veiculação de informações, sobretudo nos dias atuais. Desta forma, adotando-se o sentido subjetivo, seria imprescindível apenas uma diligência no sentido de se averiguar se os fatos correspondem à realidade. É dizer, enquanto a verdade em sua acepção objetiva exige o alcance do fim do esforço investigativo, para o conceito subjetivo basta tão-somente o meio deste processo.

Não há, contudo, de prosperar esta teoria subjetiva da verdade, sobretudo à luz do poder que tem a imprensa, seja como principal formadora de opinião, seja como divulgadora em massa de informações. Adotar esta teoria é dar munição a uma arma de alto poder destrutivo, vez que dá aos veículos informadores a possibilidade de divulgar notícias sem a certeza da sua veracidade, e, em se verificando posteriormente a falsidade, pode não ser mais possível reparar o dano causado.

Com efeito, para melhor tutela do direito à privacidade, que, neste particular, há de ser privilegiado, deve-se exigir que a informação corresponda à verdade em seu sentido objetivo. Indo ao encontro deste entendimento:

> Só a verdade objetiva de uma narração, se esta vai acompanhada dos requisitos da presença de real interesse público e de civilidade na forma, pode justificar, como regra geral, o sacrifício de bens tão fundamentais como sejam a honra e a intimidade. Degradar a verdade à verossimilhança significa dar à imprensa uma imunidade sem limites e admitir uma gratuita causa de justificação exatamente pelos fatos mais graves e danosos para a honra das pessoas, porque é certo que a afirmação difamatória mais perigosa é aquela que se apresenta com uma objetiva verossimilhança, uma vez que obtém crédito imediato. (PEREIRA, 2002, p. 161)

A informação deve ser ainda de interesse público. Vale dizer, inclusive em respeito à liberdade de informação enquanto liberdade de informar-se, a informação veiculada deve possuir alguma relevância ou repercussão legítima da vida de quem a recebe. Exclui-se, pois, do lícito exercício da liberdade de informação, a veiculação de notícias apenas com o intuito de devassar a privacidade alheia, sem que haja

justificativa social alguma na divulgação daquela informação.

Ainda analisando-se o interesse público, aqui não se aplica o princípio da supremacia do interesse público em face do interesse particular oriundo do Direito Administrativo, posto que não há como se admitir que o interesse público seja privilegiado a tal ponto de invadir indiscriminadamente a esfera mais íntima do ser humano. É dizer, o Direito reserva aos indivíduos um espaço que é só seu, onde está a salvo dos olhos agressivos da sociedade. Embora o direito à privacidade, como será visto ao longo deste item, não seja absoluto, admitindo também restrições, não se pode, entretanto, em nome de uma supremacia do interesse público, afastar os direitos de personalidade do indivíduo e adentrar na vida íntima.

Este entendimento encontra especial fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fatores a serem analisados na ponderação entre direitos fundamentais, como visto. É dizer, é inconcebível, à luz do referido princípio, que, lançando mão do interesse de uma coletividade, degrade-se o indivíduo reduzindo-o a uma condição em que não mais estejam presentes os traços de humanidade.

Por fim, por linguagem adequada entende-se a forma aceitável do ponto de vista ético e moral de veiculação da informação. Neste sentido, também é ilícito o exercício da liberdade de informação quando a linguagem utilizada para expor os fatos é grosseira, ou busca macular a imagem ou honra de determinada pessoa, bem como se tenta induzir o destinatário a formar uma opinião desfavorável em relação a esta.

Ademais, ainda dentro dos requisitos da liberdade de informação, é evidente que o abuso, como todo abuso de direito, torna seu exercício ilícito. Por mais que legítimo seja o direito, se exercido fora dos limites da razoabilidade, proporcionalidade, ou com o simples desejo de lesar interesse alheio, ilegítimo é seu exercício.

Sobre o abuso da liberdade de informar, manifesta-se Judicael Sudário de Pinho:

> Claro que, quando da divulgação de fatos ou notícias com abuso do direito de informar, cogita-se não propriamente de informação, mas de sua deformação, o que sempre viola o direito de intimidade, imagem, honra e vida privada do ofendido. Assim ocorre sempre que a informação é veiculada por simples motivo sensacionalista, sem preocupações ou compromissos com a verdade. (2003, p. 130)

Outra situação que deve ser analisada – que nada mais é senão uma consideração mais profunda do interesse público acerca da informação – é a amplitude da esfera

da privacidade do indivíduo.

O diâmetro dos círculos concêntricos – privacidade, vida privada e intimidade – não são valores constantes e iguais para todos, mas sim dotados de elasticidade. Há pessoas que, por força da importância da função que exerce no Estado ou pela notoriedade adquirida em virtude do reconhecimento público do seu trabalho, estão mais expostas à publicidade. Assim, estas pessoas possuem seu círculo de privacidade encolhido, vez que há um interesse maior da sociedade pelo modo de vida destas pessoas.

Os políticos, por exemplo, são pessoas que, por natureza, se despem em certa medida da sua privacidade. É que, neste caso, o princípio da supremacia do interesse público encontra maior espaço: o político é o responsável pela gerência de coisa pública, de toda uma coletividade; logo, é direito deste coletividade fiscalizar o gerente para saber se aquele que o representa no Governo está atendendo às suas expectativas.

Ademais, importante ressaltar que, para algumas pessoas, a notoriedade que possuem se dá justamente pela exposição pública a que se sujeita. Com efeito, não há que se falar, nestes casos, em exercício ilícito da liberdade de informação, vez que a pessoa objeto da informação possui uma manifestação mais reduzida do seu direito à privacidade.

Neste sentido:

> [...] merece referência a questão do vedetismo, a que se entregam, algumas vezes, pessoas notórias, o que, ademais da autopromoção, conforme acentua Hermano Duval, deve ser considerado também sob o aspecto de afirmação da pessoa em seu campo de atuação, para tanto ela própria chamando a atenção sobre si, até sobre sua vida privada, às vezes.
> É evidente que, nesses casos, não pode a própria pessoa valer-se do socorro à sua privacidade, afinal voluntariamente exposta. (GODOY, 2001, p. 84/85)

Ainda caminhando na mesma direção:

> Se as pessoas que consciente ou inconscientemente se expõem à publicidade, como atores, esportistas, músicos, inventores, políticos, porque se tornaram objeto de um legítimo interesse público, perdem a crosta exterior de sua intimidade, conservam, porém, o seu direito à intimidade, embora mais restrito, reduzido às manifestações essenciais da soledade. (JABUR *apud* PAIANO, 2003, p. 14)

Vale ressaltar tão-somente, quanto à citação *supra*, a impropriedade do autor, vez que, onde ele se referiu à intimidade, entende-se, com base na divisão terminológica

aqui consignada, que deveria ser privacidade.

Há ainda os casos de pessoas que, ainda que não sejam notórias em absoluto, é dizer, que sejam naturalmente expostas ao conhecimento público, adquirem esta característica em razão de um fato específico, por exemplo as vítimas de acidente de grandes proporções ou enfermos acometidos de doenças raras. Estas situações autorizam o surgimento de um interesse público legítimo no que toca a situação que lhe deu causa.

Vale dizer, sob pena de se invadir de forma ilícita e injustificada a esfera privada do indivíduo, observa com cautela Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

> Sucede, porém, que a restrição a direitos de personalidade dessas pessoas se coloca apenas com relação àqueles fatos que as tornaram notórias. Não se autoriza sua equiparação às pessoas que são públicas em virtude de sua própria condição. Essas pessoas da história de seu tempo em sentido relativo são, afinal, pessoas comuns. (2001, p. 86)

Diferencia-se esse caso, portanto, dos políticos que, mesmo havendo se tornado personalidade pública em razão da atividade política, as outras faces da privacidade, sobretudo no que toca a vida privada enquanto estilo de vida, também moram no interesse público. É que a forma como estas pessoas vivem dizem respeito à sua integridade enquanto pessoa, qualidade importante na escolha de representantes.

No que tange a intimidade, nada obstante muitos autores asseverarem que a sua esfera também é passível de retração, tal situação é inconcebível. É que, sendo intimidade o conjunto de fatos que dizem respeito unicamente à própria pessoa, abrangendo os segredos mais inerentes a sua própria existência, o seu diâmetro não será resultado do binômio exposição – interesse público, mas sim das próprias convicções enquanto ser humano. Não é possível dizer, pois, que a esfera da intimidade de personalidades públicas seja necessariamente menor do que de desconhecidos.

O que se deve levar em conta – e esta é a terceira situação a ser analisada – é que a noção de fatos enquadrados nas esferas de privacidade, vida privada e intimidade não é compartilhada, de forma igual, por todos os indivíduos. Com efeito, cada um define o que cabe e o que não cabe em cada esfera da sua privacidade.

Compartilhando do mesmo entendimento, Daniela Braga Paiano assevera que “a graduação de intimidade e privacidade varia de pessoa para pessoa. O que é mais

íntimo para um pode não o ser para outro” (2003, p. 15).

Em oposição às situações ora apresentadas, há quem defenda a impossibilidade de redução do tamanho dos círculos da privacidade, vida privada e intimidade, *ex vi* de constituírem direitos da personalidade, indisponíveis por essência. De fato, o direito à privacidade, bem como os direitos à vida privada e à intimidade, são direitos da personalidade e, por isso, inalienáveis, intransmissíveis e imprescritíveis; contudo, discorda-se da tradicional doutrina que considera os direitos da personalidade indisponíveis.

É dizer, a autonomia privada é princípio conferido pelo ordenamento jurídico aos indivíduos para que gozem do poder de se autodeterminar conforme sua livre consciência; contudo, este poder não seria eficaz se as pessoas não pudessem dispor dos seus próprios direitos. Em outras palavras, deve ser dada as pessoas a liberdade de gozar dos direitos da personalidade como entenderem melhor, inclusive, em homenagem ao próprio direito à vida privada.

Em verdade, não quer se pretender que os direitos de personalidade sejam relegados a um tratamento comum, posto que são direitos que se associam intimamente à própria essência do indivíduo e o desrespeito a eles acarreta sempre, de certa forma, uma ofensa à sua dignidade enquanto ser humano. Ocorre que o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ter conteúdo absoluto e fechado. Os conceitos de “viver de forma digna” e “condições mínimas essenciais para viver como ser humano” passam ao largo de qualquer preconceito, estereótipo ou rotulação.

O Direito não pode adquirir este mister paternalista de, em nome da própria proteção aos indivíduos, retirar-lhes a liberdade de ser quem realmente são. Dar eficácia aos direitos da personalidade, é entendê-los como relativamente indisponíveis, conforme doutrina de Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007), de forma a não ser dado a ninguém aliená-lo, transmiti-lo ou renunciá-lo, mas poder preenchê-lo da forma que julgar mais adequada, a fim de que mantenha a dignidade da forma que possui, enxergando-se como ser humano a partir das suas próprias noções de humanidade e não em razão de conceitos enlatados que lhe são impostos.

6. CONCLUSÃO

Na busca de se estudar os freqüentes choques na vida prática dos direitos fundamentais à privacidade e à liberdade de informação, o trabalho chega a algumas conclusões, refletindo o posicionamento da parte da doutrina, em cada questão específica, que parece, ou mais sensato e juridicamente técnico, ou, ao menos, mais adequado à realidade brasileira.

Nesta linha, ainda que não se afaste por completo a teoria que nega incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ou que a afirma, mas de forma indireta, em outros ordenamentos jurídicos, parece que esta não é a solução mais condizente com o ordenamento pátrio. É dizer, à luz da estrutura jurídica inaugurada pela Constituição de 1988 e a realidade social e temporal em que está inserida, faz-se mais adequada a teoria da eficácia horizontal imediata e direta das normas que consagram os direitos fundamentais.

Em outras palavras, dado o caráter principiológico e eminentemente social da Constituição Federal de 1988, sobretudo constatado dos seus objetivos encartados no art. 3º, e demais normas espalhadas ao longo do texto constitucional que sugere uma forte preocupação com o desenvolvimento social acima de tudo, depreende-se que as normas constitucionais não se limitam a funcionar como instrumento organizador do Estado. O fundamento teleológico que se depreende do atual Texto Fundamental, fruto dos anseios da sociedade em que está inserida, exige que lhe seja outorgada máxima eficácia.

Com efeito, concebe o Direito não como mero instrumento de manutenção de *status quo*, mas como legítima ferramenta propulsora do desenvolvimento social. E, para isso, é necessário dar aos direitos fundamentais o máximo de eficácia possível, o que só acontece em se exigindo observância e respeito por parte de todos, seja do Estado – tradicional opressor das liberdades individuais do povo –, seja dos outros particulares.

Ademais, esta eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas há de ser direta e imediata, ou seja, sem condicioná-la a boa-vontade do legislador em editar normas que as regulem no particular. É dizer, a própria norma constitucional incide diretamente na relação em questão, independentemente de regra infraconstitucional

tratando do tema.

Neste espeque, depara-se com casos em que, em sendo os direitos fundamentais normas a serem observadas também nas relações entre sujeitos privados, há o conflito entre determinado direito fundamental de um particular contra outro determinado direito fundamental de outro.

Assim, fundando-se o trabalho no conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de informação, conclui-se, inicialmente que os seus conceitos não são estruturas rígidas. É dizer, são o tempo e a sociedade que irão preencher algumas lacunas na sua definição a fim de se obter os limites destes direitos àquela determinada época e naquele determinado meio.

Com efeito, constata-se que a privacidade, composta por círculos de menor extensão, pode se apresentar com diversos tamanhos, a depender, inclusive, da pessoa que a detém. Assim também, a liberdade de informação não constitui direito absoluto e que deve respeito a determinados limites e considerações, sob pena de se configurar abuso de direito.

Percebe-se, pois, ainda, nesta jornada que a ponderação, conquanto normalmente utilizada como forma de harmonização de princípios, dados a carga axiológica e o fundo principiológico que carregam as normas protetivas de direitos fundamentais, constitui técnica eficiente na acomodação destes, quando em choque.

Destarte, por fim, chega-se à conclusão de que, ainda que os conflitos entre os referidos direitos, assim como quaisquer outros que se resolvam por ponderação, vez que esta técnica de conformação de normas apenas tem sentido à luz de um caso concreto, necessite de um caso prático sobre o qual deve o aplicador do Direito se debruçar, é possível criar padrões de interpretação. Vale dizer, é possível imaginar situações em que, ainda que não sejam soluções absolutas, posto que sofrem interferências das peculiaridades do suporte fático em apreço, um determinado direito vai se sobrepor ao outro, prevalecendo naquele caso.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ÁVILA, Humberto – **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. ampl. e atual. Brasil: Malheiros Editores, 2007

_____. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, nº 17. Salvador: 2009.

BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, nº 09. Salvador: 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. Coord. Renan Lotufo. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm – **Direitos fundamentais e Direito privado**. Tradução de Sarlet, Ingo Wolfgang e Pinto, Paulo Mota. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DELGADO, José Augusto. **A Liberdade de Imprensa e os Princípios Aplicados ao Direito de Informação**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/6747>. Acesso em: 05 set. 2009. Rio de Janeiro: 2006.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Os Direitos da Personalidade e a Liberdade de Informação**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/6754>. Acesso em: 05 set. 2009. Rio de Janeiro: 2002.

FROTA, Hidemberg Alves da. **A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no direito brasileiro e comparado**. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20072/pr/pr2.pdf>. Acesso em: 06 set. 2009.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A Vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

MARMELSTEIN, George – **50 anos do caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. 2008. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>. Acesso em: 04 jun. 2009.

PAIANO, Daniela Braga. **Direito à intimidade e à vida privada**. Disponível em: <http://www.diritto.it/archivio/1/21084.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2009.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais , 2002.

PINHO, Judicael Sudário de. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de comunicação e direito à intimidade. **Themis: Revista da ESMEC**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18357>. Acesso em: 05 set. 2009. Fortaleza: 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang – **Direitos Fundamentais e Direito Privado**: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel – **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Júris, 2006.

SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TAVARES, André Ramos – **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.