

DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADES E COLISÃO DE DIREITOS

DES. LETÍCIA SARDAS

I – PRIMEIRAS NOTAS:

No belo poema de *Castro Alves*, que serviu de intróito a este estudo, está narrado um dos mais típicos e abomináveis atos de violação dos direitos humanos: a escravidão.

Tomo emprestada a primeira estrofe, plagiando a introdução da palestra proferida pelo jurista Sérgio Bermudes,¹ no seminário “*Justiça, Imprensa e Democracia*”, para iniciar o debate sobre as **liberdades**, na busca da garantia dos direitos fundamentais do homem em constante colisão com a liberdade da imprensa.

Neste mar de direitos e garantias, dois infinitos se estreitam num abraço insano, num constante confronto: o *direito de informação* e o *direito à privacidade*.

Duas visões se distinguem. Uma sob a óptica dos profissionais da mídia; outra sob a óptica dos juristas.

Qual das duas visões é o céu? Qual o oceano?

É este o tema que, em breves linhas, se desenvolve nesse estudo, buscando mais o debate do que as soluções. Estas, aliás, ainda difíceis de se encontrar neste mundo globalizado.

II- DIREITOS HUMANOS:

¹ Seminário “*Judiciário, Imprensa e Democracia*”, realizado no Rio de Janeiro, nos dias 16 e 17 de Setembro de 2002, organizado pela AMAERJ – Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, com a colaboração da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dos jornais “O Globo” e “Extra”, com o apoio institucional da ANJ – Associação Nacional de Jornais.

Com frequência um longo leque de respostas se apresenta quando perguntamos o que são os direitos humanos.

Ernest Tugendhat, professor emérito da Universidade Livre de Berlin, na conferência ² acerca da “Controvérsia sobre os Direitos Humanos”, no Congresso Internacional de Direitos Humanos, formulou três importantes perguntas: “*O que são direitos humanos? Pode-se dizer que existem universalmente? Qual o significado e o seu conteúdo?*”

Em seguida, disse que os direitos humanos *existem universalmente*, colocando, com esta afirmativa uma resposta que tem sido reiteradamente adotada pelos povos, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos ³ proclamada na metade do século XX.

Sabe-se, no entanto, que os direitos fundamentais podem ser considerados por três diferentes perspectivas: *a)* a perspectiva filosófica ou jusnaturalista; *b)* a perspectiva estadual ou constitucional; *c)* a perspectiva universalista ou internacionalista.

*** perspectiva filosófica ou jusnaturalista:**

Os direitos fundamentais, - que para **Marcus Vinicius Ribeiro**, são aqueles que dizem respeito às prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado, agindo como um limite imposto ao Poder Estatal, impedindo-o de

² Conferência realizada em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, no dia 10 de dezembro de 1998, na abertura do Congresso Internacional de Direitos Humanos, realizado em comemoração dos 100 anos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do cinquentenário da Declaração da ONU, traduzida pelo professor Célio Borja.

³ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em Paris em 10 de Dezembro de 1948, foi aprovada com 48 votos a favor e com 08 abstenções, não se computando qualquer voto contra. Antes dela, a Carta das Nações Unidas, elaborada em São Francisco, nos Estados Unidos, já se referia aos direitos e liberdades fundamentais. Em 1948, os Estados americanos elaboraram a sua Declaração de Direitos, que começou a ser implantada em 1959 e culminou com a Convenção Americana dos Direitos do Homem, assinada em São José da Costa Rica e que entrou em vigor em Julho de 1978. Em 1966 foram firmados os Pactos Internacionais sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais e o sobre Direitos Cívicos e Políticos. Nesta mesma época foram firmadas diversas Convenções, dentre elas se destacando as que tratam da protecção das crianças e da igualdade da mulher e as que visaram a proibição do genocídio, da discriminação racial e da tortura. Na Europa, A Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem foi firmada em 1950 e se encontra em vigor desde 1953. A esta Convenção se seguiram vários Protocolos Adicionais que reafirmaram os direitos cívicos e políticos fundamentais. A Convenção de 1950 e os Protocolos Adicionais foram completados pela Carta Social Européia, firmada em 1961 e em vigor desde 1965. A Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores foi firmada na Europa em 1989. Em 2001 foi editada pela Comissão de Assuntos Europeus da Assembléia da República, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (Notas retiradas de *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, de José Carlos Vieira de Andrade – Livraria Almedina – Coimbra – 2ª. Edição – 2001.).

penetrar em determinados âmbitos da vida privada ⁴ -, *antes de serem um instituto no ordenamento positivo ou na prática jurídica das sociedades políticas, foram uma ideia no pensamento dos homens* ⁵.

O homem, desde os primórdios da civilização ⁶ vem se dedicando ao estudo da dignidade e da igualdade humana, temas, de per si, inerentes ao ser humano.

O trabalho dos filósofos gregos ⁷, utilizando a *razão*, é considerado como um dos marcos do afloramento dos direitos fundamentais.

Os juristas romanos aliaram a formação meramente filosófica dos pensadores gregos, à preocupações práticas, reconhecendo a diferença entre o *justo* e o *lícito* e concebendo três extractos de ordem jurídica: o *jus naturale*, o *jus gentium* e o *jus civile*.

É desta fase um remoto antecedente do *habeas corpus*, o denominado *interdicto de homine libero exhibendo* que, junto com a lei de Valério Públicola, que proibia penas corporais contra os cidadãos em determinadas situações, formam um harmonioso conjunto das primeiras medidas legais de defesa dos direitos humanos.

O professor **Vicente Greco Filho**, um entusiasmado estudioso dos juristas romanos, destacou que, no entanto a grande preocupação nesta fase, “ ... *foi o relacionamento interindividual, alcançando, como se sabe, o processo romano alto grau de evolução ainda hoje admirado. Em suas três fases (das ações da lei, o período formulário e o da cognitio extra ordinem) foi aprimorado a aplicação do direito, mas*

⁴ A *Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais*, publicada na Revista da Faculdade de Direito da UNG – Universidade de Goiás, vol. 01:113-115.

⁵ Cf. obra e autor citados na nota 03.

⁶ “... *é costume na cultura ocidental fazer remontar aos estóicos (continuados por Cícero, em Roma) as origens dos direitos fundamentais, já que nas suas obras se manifestam as ideias de dignidade e de igualdade, aparentemente referidas aos homens em si: a todos os homens, para além e independentemente da sua qualidade de cidadãos. Estes valores eram, no entanto, de difícil entendimento na antiguidade, quando a cidade ou a república se fundavam, por um lado, numa instituição – a escravatura – em que se perdiam os horizontes da humanidade, e, por outro lado, absorviam os cidadãos numa moral colectiva exigente e alargada, razões pelas quais habitualmente se nega a existência da ideia de **direitos do homem** nessa época histórica, apesar de aí se encontrarem raízes do humanismo.*” (obra e autor citados na nota 02).

⁷ Para Vicente Greco Filho, na obra denominada *Tutela Constitucional das Liberdades*, (Editora Saraiva – São Paulo – 1989): “... *após as escolas de Heráclito, a eleática e a pitagórica, em que as leis humanas se confundiam com o princípio do Cosmo, coube aos sofistas, com seu espírito crítico, trazer as indagações a respeito das leis humanas para o campo da vontade do homem, na forma em que se realiza na experiência...* “

*em nenhum momento o mecanismo judicial se estruturou no sentido de garantir a pessoa contra a vontade do imperador).*⁸

Com o Cristianismo pode-se afirmar que se fundou a ideia do homem como ser individual, racional e livre. Criatura de Deus, chamada a uma vida imortal e sobrenatural.

Jorge Miranda, em Manual de Direito Constitucional ⁹, afirmou que com o Cristianismo todos os seres humanos, só por o serem e sem acepção de qualquer outra condição, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor, pois, criados à imagem e semelhança de Deus, têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social é capaz de destruir.

Em que pese a valiosa contribuição do reconhecimento dos direitos do homem como ser individual, alcançado com o Cristianismo, uma longa trajetória ainda se desenvolveria para que o reconhecimento dos direitos do homem se institucionalizasse em face do Estado.

*** perspectiva estadual ou constitucional:**

Na Idade Média, a Magna Charta Libertatum firmada na Inglaterra, em 1215, que se tornou definitiva em 1225, tem sido referida como marco decisivo entre o sistema de arbítrio do Estado e a nova era dos direitos humanos.

Neste acto, também denominado por sua importância, como a Carta das Liberdades, o rei João Sem Terra ¹⁰, obrigado pelos barões com a força das armas, assumiu *compromissos* concretos, dentre os quais o de respeitar um conjunto de **direitos** e de **liberdades** ¹¹, protegendo os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres ¹².

⁸ Obra e autor citados na nota 07.

⁹ Editora Coimbra, 2ª. Edição – tomo IV, 1993.

¹⁰ Em nota de n. 13, **José Carlos Vieira de Andrade**, na obra denominada *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, ressaltou que “*Estava em causa sobretudo a limitação do poder real. Por isso João Sem Terra terá comentado, depois de subscrever a Magna Charta: “ Puseram acima de mim vinte e cinco reis “* aludindo aos vinte e cinco barões que, nos termos da cláusula 61 do documento, seriam eleitos para assegurar o cumprimento das “*liberdades*” e “*concessões*” juradas.”.

¹¹ **Marcus Vinicius Ribeiro**, professor de Direito Processual Penal, relata que “ *após firmar a Magna Charta Libertatum, o Rei João Sem Terra procurou livrar-se dela, solicitando ao Papa que suspendesse seu cumprimento.*”.

Assim, em que pese o marco referencial, a Charta de João Sem Terra nada mais fez do que reconhecer obrigações específicas assumidas pelo Rei, não tendo qualquer valor como reconhecimento de direitos fundamentais, ou seja, de direitos de igualdade (universais) e não de direitos de desigualdade (estamentais).

A preocupação com o reconhecimento dos direitos fundamentais, passando pela análise das *igualdades* e das *desigualdades*, foi campo fértil para os pensadores de vários séculos.

No século XVII, **Thomas Hobbes**¹³, influenciado pela discussão sobre a igualdade e a desigualdade humana, escreveu *Leviatã*, uma das mais belas e significativas obras deste século, onde, lançando sementes do estado pré-social¹⁴, dentre outros assuntos, se referiu ao aspecto *natural da humanidade*¹⁵.

" A natureza fez os homens tão iguais quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora às vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, ainda assim, quando tudo é considerado em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é tão considerável para que um deles possa, por causa disso, reivindicar para si algum benefício ao qual outro não possa aspirar, tal como ele. Porque, no que tange à força do corpo, o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, seja por maquinação secreta, ou pela aliança com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo.

" E quanto às faculdades do espírito... encontro uma igualdade ainda maior entre os homens... O que talvez poucos que, pela fama ou por concordarem com eles, merecem sua aprovação... Mas possa tornar essa

¹² **José Afonso da Silva**, comentando a Magna Charta, afirmou que longe de ser uma carta das liberdades nacionais, o acto assinado por João Sem Terra foi uma carta feudal, feita para proteger, principalmente, os direitos dos barões e acrescentou que "... os homens livres nesta época eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres." (cf. Curso de Direito Constitucional Positivo – Revista dos Tribunais – 6ª. Edição – São Paulo, 1990).

¹³ Thomas Hobbes – 1588-1679.

¹⁴ Rousseau, assim como Hobbes, contribuiu para reconstruir a ideia de um estado de natureza, num estágio pré-social, individualista, que foi a base da declaração francesa e da declaração americana.

¹⁵ Capítulo denominado " *Da condição natural da humanidade, no que diz respeito à sua felicidade e desgraça*".

igualdade incrível é apenas a concepção presunçosa da própria sabedoria, que quase todos os homens acreditam possuir em maior grau do que todos os homens menos eles próprios, e alguns outros isso prova que os homens são iguais nesse ponto, e não desiguais. Porque não há, em geral, maior sinal de distribuição igual de alguma coisa do que o facto de cada homem estar contente com sua parte.

" Dessa igualdade de capacidade origina-se a igualdade de esperança de atingirmos nossos Fins. Portanto, se dois homens quaisquer desejam a mesma coisa, da qual, não obstante, ambos não podem desfrutar, eles se tornam inimigos... "

Em seguida, no Capítulo XIV, falou sobre a primeira e a segunda lei natural, afirmando que por liberdade deve-se entender a ausência de impedimentos externos e que, renunciar ao direito à alguma coisa é privar-se da liberdade de impedir outro de beneficiar-se de seu próprio direito à mesma coisa.

Deste capítulo se extrai a definição de contracto que, para Hobbes é *a transferência mútua de direitos*, e não é demais repetir uma alusão à força da palavra dos contratantes:

"A força das palavras é (como já observei anteriormente) fraca demais para obrigar os homens a cumprir seus pactos, só havendo na natureza do homem duas ajudas imagináveis para reforçá-la. E estas são o medo das conseqüências de se violar a palavra, ou a glória, o orgulho de parecer não necessitar violá-la. Este último é uma generosidade rara demais de se encontrar para poder contar com ela, sobretudo naqueles que perseguem a riqueza, a chefia ou o prazer sensual, que são a maior parte da humanidade..."

Dentre os diversos e interessantes capítulos desta magnífica obra, onde o autor analisou as causas e a definição do Estado ¹⁶, o direito dos

¹⁶ "A única maneira de se instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los da invasão de estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim que, por meio de sua própria indústria e dos frutos da terra, possam nutrir-se e viver satisfeitos, é conferir todo seu poder e força a um homem ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma única vontade... Isto é mais do que consentimento ou

soberanos ¹⁷, a liberdade dos súditos ¹⁸, e as leis civis ¹⁹ ouso destacar outro trecho que reputo de perpétua actualidade e de total pertinência com o tema central desde estudo:

“ A liberdade a respeito da qual existem tão freqüentes e honrosas referências nas histórias e filosofia dos antigos gregos e romanos, e nos escritos e discursos daqueles que deles receberam todo o seu saber em matéria de política, não é a liberdade dos indivíduos, mas a liberdade do Estado.”

Vê-se, portanto, que da perspectiva *jusnaturalista* (fase filosófica), onde os direitos fundamentais podem ser considerados como direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares ²⁰, passou-se à perspectiva *estadual ou constitucional* (fase contratual ²¹), com o reconhecimento dos direitos fundamentais como verdadeiros direitos ou liberdades reconhecidos a todos os homens, ou a certa categoria deles, por razões de humanidade ²².

concordia, é uma verdadeira unidade de todos, numa única e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com cada homem, de maneira que seria como se se dissesse a todo homem: ***autorizo e cedo meu direito de governar-me a este homem, ou a esta assembléa de homens, com a condição de cederes teu direito a ele, autorizando todas as suas ações da mesma maneira.*** Isso feito, a multidão assim unida numa pessoa é chamada de *Estado*, em latim *civitas*. Essa é a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar de modo mais reverente). daquele ***deus mortal*** ao qual devemos, abaixo do ***Deus imortal***, nossa paz e defesa... a essência do Estado que (para defini-lo) é: ***uma pessoa de cujos actos uma grande multidão, por pactos mútuos de uns com os outros, cada um se fez autor, para que possa usar a força e os meios de todos, do modo que julgar conveniente, para assegurar a paz e defesa comum.***”²².

¹⁷ “... ao soberano é confiado o poder de recompensar com riquezas ou honra, e de punir com castigos corporais ou pecuniários, ou com a ignomínia, a todo súdito, de acordo com a lei que ele fez anteriormente; ou, se não existir lei alguma, de acordo com aquilo que ele julgar que melhor encorajaria os homens a servir ao Estado, ou os dissuadiria de prestar um desserviço a ele.”.

¹⁸ “... um homem livre é aquele que, nas coisas que é capaz de fazer por sua força e engenho, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer...”.

¹⁹ “... defino direito civil da seguinte maneira: ***direito civil são, para todo súdito, aquelas regras que o Estado ordenou-lhe, oralmente, por escrito, ou por qualquer outro sinal suficiente da vontade, fazer uso para distinguir entre o certo e o errado, isto é, aquilo que é contrário e não é contrário à regra...***”.

²⁰ Cf. obra e autor citados na nota n. 03.

²¹ Benjamin Constant, no célebre discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris, em 1818, defendeu a liberdade do homem em face do Estado, levando Norberto Bobbio e afirmar, em *Liberalismo e Democracia* (Editora Brasiliense, 1995), que o objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que chamavam de liberdade às garantias acordadas pelas instituições para aquelas funções.

É a fase dos direitos de igualdade universais, em que a França²³ lança, em 1789, em nome da Razão Universal, a **“Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”**²⁴, firmando a ideia dos direitos fundamentais como *direitos individuais*, ao afirmar no artigo 16º. que não tem constituição a sociedade que não tenha assegurada a garantia dos direitos fundamentais, nem tenha estabelecida a separação dos poderes.

***perspectiva universalista ou internacionalista:**

Neste ponto, relevante destacar que apesar das diversas declarações dos direitos fundamentais, com a certeza da garantia das liberdades, estas regras nem sempre foram obedecidas.

José Carlos Vieira de Andrade²⁵ ressaltou que *embora já no tempo da Sociedade das Nações se tivesse revelado a necessidade de garantir internacionalmente certos direitos (fundamentais) de grupos minoritários, religiosos, culturais ou rácicos, foi durante e depois da II Guerra Mundial que se sentiu de modo particularmente intenso a necessidade de criar, ao nível de comunidade internacional, mecanismos jurídicos capazes de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos nos diversos Estados.*

A observação é pertinente, vez que, mesmo antes da II Guerra Mundial vários países estavam regidos por governos autoritários, onde fatalmente ocorria a supressão dos direitos fundamentais.

²² César Bonesana, o Marquês de Beccaria, com forte inspiração contractualista, escreveu *“Del deliti e delle pene”* (1764), apontando a desumanidade das penas, traçando as regras do princípio da legalidade no direito penal e referindo-se à limitação do arbítrio de qualquer autoridade sobre o indivíduo.

²³ José Carlos Vieira de Andrade, lembra, na obra supra referida, que *em França os direitos fundamentais ficaram (e mantêm-se ainda) fora do articulado constitucional, constando de Declarações autónomas ou preâmbulos das constituições (em parte precisamente para mostrar o seu carácter supra-constitucional). Daí proveio o “mal entendido”, que levou a sublinhar o carácter filosófico-abstracto e declamatório das Declarações francesas (e, por arrastamento, dos catálogos nelas inspirados): afirmava-se a superioridade moral dos direitos, mas não se garantia a sua efectividade no plano jurídico. Por isso, George Jellinek escreveu que “sem a América, sem as constituições dos seus diversos Estados, talvez tivéssemos uma filosofia de liberdade, mas nunca teríamos uma legislação que garantisse as liberdades”.*

²⁴ Norberto Bobbio, relata, em *“A Era dos Direitos”*, que *a primeira defesa ampla, historicamente documentada e filosoficamente argumentada, da Declaração foi a contida nas duas partes de Os direitos do homem, de Thomas Paine, que foram publicadas respectivamente em 1791 e 1792. De acordo com o grande pensador contemporâneo, esta obra é, em grande parte, um panfleto contra Edmund Burke, que – em defesa da Constituição inglesa – atacara com acrimônia a Revolução Francesa desde sua primeira fase, afirmando o seguinte sobre os direitos do homem: “Nós não nos deixamos esvaziar de nossos sentimentos para nos encher artificialmente, como pássaros embalsamados num museu, de palha, de cinzas e de insípidos fragmentos de papel exaltando os direitos do homem”.*

²⁵ Ver nota n. 03.

De fácil lembrança a suspensão dos direitos fundamentais nos regimes regidos pelo fascismo ou pelo comunismo, como forma de fortalecer a denominada *camada dominante*.

Neste contexto, a ONU - Organização das Nações Unidas – lança a **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM**, trazendo, depois de diversos *considerandos*²⁶, a garantia de várias conquistas do homem, tais como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à plena igualdade, à presunção de inocência, ao acesso à justiça, ao lazer, à saúde.

A esta declaração, outras se seguiram nas constituições, convenções e pactos modernos, assim como nas declarações de entidades não governamentais, demonstrando, com clareza, a preocupação *internacional* de se garantir direitos fundamentais do homem.

Daí, a afirmação de **Ernest Tugendhat**, referida no início deste capítulo, a qual se contrapõe a dúvida suscitada pelo professor **Vieira de Andrade**: *“Mas, poder-se-á falar verdadeiramente de **direitos fundamentais internacionais?**”*

Chegados a este ponto, pode-se afirmar, sem receio de errar, que nos ventos da globalização, à medida que as fronteiras foram se abrindo, a questão dos direitos fundamentais se apresenta numa perspectiva nitidamente universalista, apresentando algumas características especialíssimas, na difícil tarefa de conciliar diversidades culturais, regionais, religiosas, políticas, etc.

²⁶ A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral de 10 de dezembro de 1948, está introduzida pelos seguintes dizeres:

“ **Considerando** que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça, e da paz no mundo.

“ **Considerando** que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em actos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum.

“ **Considerando** essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações.

“ **Considerando** que os povos das Nações reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

“ **Considerando** que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades.

“ **Considerando** que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desses compromissos,

“ A Assembléia Geral proclama... “

Curiosamente, no Brasil, a primeira Carta, a Constituição Imperial de 1824, com a evidente marca da normatização portuguesa, bem antes da declaração da ONU, **já** continha nos artigos 173 e seguintes, a declaração de direitos e garantias individuais.

Relevante apontar que a Constituição Portuguesa de 1822, fortemente influenciada pela Declaração francesa de 1793, também **já** relacionava em diversos preceitos, os direitos e deveres individuais dos portugueses²⁷.

III – A ERA DOS CONFLITOS:

Norberto Bobbio, com absoluta propriedade, buscando o termo *direito cosmopolita*, afirmou que hoje é facto inquestionável que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, *colocou as premissas para transformar também os indivíduos singulares, e não mais apenas os Estados, em sujeitos jurídicos do direito internacional* e, desta forma, iniciou a *passagem* para uma nova era de direitos, a era do direito internacional, *o que torna esse direito não apenas o direito de todas as gentes, mas o direito de todos os indivíduos*.

Uma instigante questão, no entanto, se coloca nesta época em que se fala de globalização, em que se acolhe a perspectiva internacional dos direitos fundamentais e que, falando-se de direito de todos os indivíduos, se assiste, em contrapartida, o homem fechando-se, cada vez mais, na esfera da sua vida privada.

O alfa e o ômega desta questão foram considerados pelo professor **Diogo Leite Campos**, quando, ao tecer comentários sobre a

²⁷ “ Nas restantes Constituições monárquicas, as liberdades e direitos específicos vão aumentando progressivamente em extensão, embora a intensidade (e a intenção) dos preceitos venha a sofrer, em certos momentos, algumas compressões. Assim, p.ex., na Carta de 1826, onde se “garante a Nobreza Hereditária, e suas regalias “e onde os direitos civis e políticos são relegados (formalmente) para o fim da Constituição.

“ A Constituição republicana de 1911 reencarna a força revolucionária da Primeira Revolução Francesa e é laicista, anti-clerical e decididamente igualista. A Constituição de 1933, que se lhe seguiu, de tendência corporativa e de prática autoritária, é marcada, neste capítulo, por uma falta de convicção e por um cheque quase em branco ao legislador.

“ Ao contrário, a actual Constituição, tal como a generalidade das constituições europeias do pós-guerra, dá uma protecção sólida às liberdades e dedica-lhes um grande número de preceitos, embora às dimensões liberal e democrática se acrescente agora uma outra, a dimensão social.” (cf. obra e autor indicados na nota n. 03 – pag. 22-23).

privacidade, lembrou que o ser humano viveu uma vida essencialmente pública, até ao fim do século XVIII, e ainda durante grande parte do século XIX.²⁸,

O comando divino, decorrente da influência da Igreja no Estado, estabelecia uma *ordem universal criada por Deus*.

Assim:

“Cada um era indispensável para a prossecução do objectivo divino, em colaboração com todos os outros. Não era verdade que nenhum se salvava sem os outros? O que cada ser humano fazia, pensava e via, dizia respeito, radicalmente, a todos os outros, pois todos os outros eram interessados. Todos estavam integrados numa ordem social, devassada, controlada por todos, superiores e iguais.

“ A casa da família era espaço aberto aos membros mais afastados da família, aos servidores, aos vizinhos, aos clientes (pois a empresa familiar estava sediada na casa de morada da família). A casa era uma parte da rua com a qual não tinha fronteiras. A vida pessoal, familiar, estava completamente exposta e controlada por todos através de uma rede social difusa que vigiava os desvios ao modelo dominante.”

Todo o privado era público, enfatiza o **mestre**, até os pensamentos mais recônditos, tudo se integrava e se continha num único projecto: o de salvação espiritual.

Tudo é comunicado a Deus.

Normas radicalmente assentadas na ideia do direito natural, ajustavam as relações conjugais, as relações paternas, as relações de amizade, as relações de trabalho, as relações de vizinhança, transformando o *outro* num elemento colaborante do *eu* e, portanto, imprescindível para a salvação de cada um.

²⁸ “ A Imagem que dá Poder”Privacidade e Informática Jurídica” – Comunicação e Defesa do Consumidor – Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993 – Coimbra, 1996.

Os cânones, ordens *jurídicas* de origem religiosa, envolveram o homem e as organizações, desde o século XII, numa *rede de deveres de conduta para consigo próprio, para com a família, para com os outros em geral*.

O *individualismo*, nascido do movimento das seitas cristãs reformadas ²⁹, trouxe a figura do homem sozinho, que como tal pode encontrar a salvação.

É o fim da era dos modelos comportamentais fundados na autoridade dos mais velhos (mais sábios, pais, superiores) e o surgimento da era do direito.

Numa fantástica figuração, **Diogo Leite Campos** se refere ao *homem-diferente-de-todos-os-outros* e o contrapõe ao *homem-igual-a-todos-os-outros*, concluindo que o primeiro se isola na sua solidão, enquanto que o segundo, sabendo que nada pode ensinar ou aprender com o outro, fecha-se na esfera da sua vida privada.

E, com jeito de remate deste intrincado e complexo processo de mutação do homem, demonstra preocupação com a contradição, afirmando que *o ser humano privado, indivíduo, vive hoje cada vez mais (contraditoriamente?) com-os-outros, integrado de facto em processos de produção que o transcendem e se lhe impõem através de novas formas de constrangimento e de disciplina*.

Neste contexto, surge nos E.U.A. o direito a ser deixado sozinho.

Com esta vertente, como responder a outra das perguntas de **Ernest Tugendhat**? Como determinar o que são os direitos humanos num mundo globalizado em que o homem tem o direito de ser deixado sozinho ?

Num mundo dito perverso ³⁰, como enfrentar o lado perverso do direito à privacidade, que impõe a vontade absoluta do poder privado?

Num mundo em que os direitos humanos adotam uma perspectiva universal, como adequar até mesmo a vertente mais amena do

²⁹ Diogo Leite Campos refere-se ao movimento surgido nos séculos XV e XVI, dos denominados *cristãos reformados* que buscavam afastar a Igreja do papel de intermediária do homem com Deus, colocando-o isolado perante Deus.

³⁰ O autor exemplifica com o caso ROSCOE v. WADE, em que a Corte Suprema *estadunidense* entendeu que o direito de ser deixado sozinho, impondo a vontade absoluta do poder privado, legítima a decisão da mulher por fim ou não à sua gravidez, sem que qualquer outra pessoa (aí incluído o marido) possa interferir nesta vontade. Conclui, no entanto, - ao afirmar que ninguém tem direito à vida ou ao corpo de outrem, ou de si mesmo -, por rejeitar esta “ **zona perversa do direito à privacidade.**”

direito de ser deixado sozinho ³¹, que se irradia no aspecto *simplesmente* individualista?

Como enfrentar o conflito?

A hipótese de *conflitos*, aliás, não é nova, pois a filosofia *kantiana* já enfatizara que a mola do progresso não é a calma, é o conflito.

Outra vez **Norberto Bobbio** é chamado a intervir neste estudo, trazendo as luzes da nova era dos direitos, a era da globalização, a **era dos conflitos**, a era da perspectiva universal dos direitos fundamentais do homem que tem o direito de ser deixado sozinho, a era da *multiplicação dos direitos*. ³²

Indubitavelmente os direitos do homem (direitos fundamentais) são um fenómeno social.

Disto isto, fácil entender que a *multiplicação* dos direitos do homem ocorreu em consequência de três factores claramente identificados e que podem ser resumidos em mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo:

- a) o aumento da quantidade dos bens tutelados, com a passagem dos direitos de liberdade (denominadas liberdades negativas, de religião, de imprensa, de opinião, etc), para os direitos políticos e sociais, requerendo a imediata intervenção do Estado;
- b) a extensão da titularidade de alguns direitos típicos do homem a sujeitos diversos do homem ³³, tal como vem ocorrendo na esfera do direito ambiental e nos diversos movimentos ecológicos, onde surge um típico direito da natureza, com a utilização de termos ³⁴ usados tradicionalmente na definição dos direitos humanos;

³¹ Diogo Leite Campos defende a tese da mera substituição das relações tradicionais de poder por outras, afirmando que actualmente, todos os cidadãos (crianças, idosos, pais, improdutivos) são a cada momento pressionados para consumir mais e mais, destruindo os obstáculos que impedem o consumo, o que implica na rejeição daqueles incapacitados para o trabalho, na rejeição dos desempregados, na rejeição da mulher-dona-de-casa.

³² Discorrendo sobre os *Direitos do Homem e Sociedade*, Norberto Bobbio afirmou que *o desenvolvimento da teoria e da prática (mais da teoria do que da prática) dos direitos do homem ocorreu, a partir do final da guerra, essencialmente em duas direcções: na direcção da sua universalização e naquela de sua multiplicação* e, prosseguindo, sem se deter no processo de **universalização**, por entender que este tema já foi adequadamente tratado na doutrina do direito internacional, tendo pouca serventia para o ângulo da sociologia do direito, o pensador italiano se deteve no processo da **multiplicação**, enfrentando-o sob o aspecto das relações entre o homem e a sociedade, considerando a estreita conexão existente entre a mudança social e o nascimento de novos direitos, refletindo sobre o direito como fenómeno social.

³³ Atribuem-se direitos antes tipicamente individuais, a sujeitos como a família, as minorias étnicas, os grupos religiosos e também para sujeitos diferentes do homem, como os animais.

³⁴ Dentre estes termos sobressaem as palavras *respeito* e *exploração*.

c) a especificidade ou a concreticidade das diversas maneiras de ser do próprio homem, que não é mais o homem-igual-a-todos-os-outros, apresentando-se, agora, como o homem-diferente-de-todos-os-outros, ou seja, o velho, o doente, a mulher, a criança, o negro.

Relevante neste estudo, o terceiro factor, que bem demonstra a passagem do homem genérico para o homem específico, considerado na diversidade de seus diferentes *status sociais* ³⁵.

É supérfluo acrescentar que o aparente conflito desta nova era somente pode ter solução quando se aborda a face social (e também a económica) ³⁶ dos direitos humanos, harmonizando-a com a proliferação dos direitos humanos, mantendo a individualidade do homem que tem o *direito de ser deixado sozinho* ³⁷, sem prejuízo da perspectiva universal dos direitos fundamentais, iluminando com as luzes da sociologia os três círculos concêntricos do direito à privacidade: a esfera da vida privada, a esfera da vida íntima e a esfera do segredo.

Estabelecido o foco central dos direitos humanos na actualidade, cabe, em breves linhas, a abordagem do *direito à privacidade*, para em seguida, em fase de remate, abordar-se o *direito à informação*, apontados no preâmbulo deste estudo, como os dois infinitos que em abraços insanos, vivem em permanente colisão.

³⁵ A mulher é diferente do homem; a criança é diferente do velho; o doente temporário é diferente do doente crônico; o sadio é diferente do doente; o fisicamente normal é diferente do deficiente. Este fenómeno vem sendo realçado nos últimos 40 anos, com o surgimento, no âmbito internacional, de convenções e declarações específicas dos direitos específicos de homens específicos, tais como: A Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952); A Declaração da Criança (1959); a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971); a Declaração dos Direitos dos Deficientes Físicos (1975); a primeira Assembléia Mundial sobre os Direitos dos Anciãos (realizada em Viena em 1982, e que propôs um plano de ação aprovado por uma Resolução da ONU em 03 de dezembro).

³⁶ Para Ernest Tugendhat a inclusão dos direitos sócio-económicos no sistema dos direitos humanos constitui não só uma extensão do conteúdo dos direitos humanos, como também uma importante mudança no sentido formal dos direitos humanos. Esclarece o professor da Universidade de Berlin que os direitos humanos sempre foram classicamente dirigidos somente ao governo, Logo, foi o governo que esteve obrigado a restringir os direitos humanos. Actualmente tem se entendido que o perigo para o individuo e, em consequência para os direitos humanos, não é somente o poder do estado, mas também o poder económico dos outros indivíduos. Assim, a obrigação do estado legítimo não é só o de respeitar os espaços dos indivíduos, mas também o de protegê-lo contra o poder de outras pessoas e de instituições.

³⁷ Há que rejeitar, em princípio, a existência de direitos absolutos; afirmando a inseparabilidade entre o direito e o dever correspondente. Ninguém pode invocar um direito perante outrem ou a sociedade sem se vincular por um dever. Cf. Diogo Leite Campos, nota n. 28.

IV – LIBERDADE DE SER DEIXADO SOZINHO:

Para **Garcia Marques e Lourenço Martins**, Juízes Conselheiros do Superior Tribunal de Justiça de Portugal, titulares da cadeira de *Direito da Informática* no Curso de Direito da Comunicação, do Instituto Jurídico da Comunicação (IJC), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que ao longo de vários anos têm se dedicado ao estudo e ao debate de temas relacionados com a evolução de uma nova forma de sociedade, regida, basicamente pelos meios tecnológicos da informação:

"Uma das áreas em que, por forma mais evidente e grave, se podem revelar os afrontamentos que, tantas vezes, opõem o poder político e a sociedade civil, é a que se refere ao respeito da vida privada e das liberdades pessoais em face do desenvolvimento da informática e das tentações desse mesmo poder para a sua utilização abusiva. Mas, em contrapartida, é esse um domínio em que se entretecem entre os dois pólos em apreço relações de frutuosa e eficaz cooperação".

"Na verdade, e por um lado, pode dizer-se que as novas tecnologias, em geral, e a informática, em especial, proporcionam ao homem uma capacidade nova para a expressão da sua vontade e, portanto, para o exercício da sua liberdade".

"Todavia, o recurso aos sofisticados instrumentos das modernas tecnologias faz com que aumentem os riscos de violação das liberdades individuais, mormente da intimidade da vida privada, gerando também um acréscimo de perigos de discriminação em função de circunstâncias estreitamente ligadas à personalidade, às crenças, ideologias ou modo de vida dos cidadãos".(pág. 99)³⁸

Mas o que se entende por *privacidade* e de que forma o direito de ficar sozinho pode ser protegido?

³⁸ Ver nota n. 16.

Curiosamente, no dizer de **Cunha Rodrigues**³⁹, a tutela da **privacidade** tem sido associada à ideia de protecção da *dignidade humana*,⁴⁰ tema perfeitamente ajustável ao estudo das denominadas **liberdades**.

Pontes de Miranda⁴¹, um dos maiores civilistas que o mundo jurídico brasileiro conheceu, no grandioso Tratado de Direito Privado, concluiu que os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis⁴², irrenunciáveis⁴³ e inextinguíveis, salvo com a morte da pessoa.⁴⁴

Dentre os *direitos de personalidade*⁴⁵ destacou:

- O direito à vida;

³⁹ O doutor Cunha Rodrigues, ex-Procurador-Geral da República, é autor do ensaio denominado *Informática e Reserva da Vida Privada*, publicado nas Actas do Congresso Internacional organizado pelo IJC, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 1996.

⁴⁰ O autor exemplifica com a Recomendação n. R (89) do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre a protecção de dados nas relações entre empregadores e empregados, impondo respeito pela *privacidade* e pela *dignidade humana*.

⁴¹ Pontes de Miranda nascido em 1892, faleceu em 1979, deixando um luminoso rastro no mundo jurídico brasileiro. Foi um dos principais comentadores do Código Civil Brasileiro de 1916, actualmente revogado pelo novo Código Civil, que entrou em vigor em janeiro de 2003. Dentre as obras deixadas pelo civilista, tem destaque o *Tratado de Direito Privado*, com 60 volumes, que teve sua primeira edição em 1955 e foi sucessivamente reeditado pela Editora Revista dos Tribunais. As citações feitas neste estudo se referem à 4ª. Edição, publicada em 1983, Tomo VII – Parte Especial – Direito da Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (existência e validade do casamento).

⁴² “ Se o filho de ABC passou a chamar-se ABC, sem que ABC exigisse a inclusão do elemento diferencial D, com que se faria ADABC, a homonímia não é por transmissão: é por pluralidade de aquisição originária. A intransmissibilidade deles é resultante da infungibilidade mesma da pessoa e da irradiação de efeitos próprios (os direitos de personalidade). Não se confunde com a intransmissibilidade do direito de usufruto, de uso, de habitação, nem, *a fortiori*, com a transmissibilidade dependente da transmissão do prédio, que resulta do conceito de servidão predial. Toda transmissão supõe que uma pessoa se ponha no lugar de outra; se a transmissão se pudesse dar, o direito não seria de *personalidade*. Não há, portanto, qualquer sub-rogação pessoal; nem poderes contidos em cada direito de personalidade, ou seu exercício, são susceptíveis de ser transmitidos ou por outra maneira outorgados”.(pág. 07/08). Obra citada na nota 35.

⁴³ “Os direitos da personalidade são irrenunciáveis. Há outros direitos a que não se pode renunciar, tais como aqueles direitos a cujo titular incumbem deveres, de igual ou de maior monta (e.g., direitos de família). A razão para a irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade: ter ligação íntima com a personalidade e ser eficácia irradiada por essa. Se o direito é direito de personalidade, irrenunciável é. Não importa, em consequência, qual seja.” (pág. 8 – idem).

⁴⁴ “ Os direitos de personalidade são inextinguíveis, salvo morte da pessoa. Não podem ser adquiridos por outrem, sem são sujeitos à execução forçada. As pretensões e ações, que se irradiam deles, não prescrevem. Nem precluem as exceções.” (idem, idem).

⁴⁵ “ Pensou-se em incluir nos direitos de personalidade o *status*. A nacionalidade seria um deles. O ser filho de A e cônjuge de B, outros. Não cabe aqui a discussão sobre se o *status* é sempre direito subjetivo, mas a nacionalidade mesma, que é mudável, não é direito de personalidade. Com maioria de razão o *status familiae*. “(idem).

- O direito à integridade física;
- O direito à integridade psíquica;
- O direito à liberdade;
- O direito à verdade;
- O direito à igualdade formal (isonomia);
- O direito à igualdade material, que esteja na Constituição;
- O direito de ter nome e o direito ao nome (aquele inacto e esse nacto);
- O direito à honra;
- O direito autoral de personalidade.

Em apertada síntese, pode-se dizer que o **direito à vida** é um dos mais relevantes direitos de personalidade ⁴⁶; que o **direito à integridade física** supõe que o objecto seja a própria integridade do ser humano, não a propriedade do corpo ⁴⁷; o **direito à integridade psíquica** é inacto, nascendo antes do nascimento da pessoa; que o **direito à liberdade humana** refere-se, dentre outros, à liberdade de locomoção; de coalizão; de associação; de ensino de actos; de arte; de cultos; de ensino de pensamento e sentimento; de não emitir o pensamento (segredo profissional); de reunião⁴⁸; que o **direito à verdade** foi tardiamente reconhecido pelos juristas e, na forma como vem sendo interpretado, somente concerne à verdade demonstrável e mostrável. Assim, não se pode exigir que o outro enuncie a verdade, mas, enunciado o facto, há o direito de se provar, ou de se declarar a falsidade do enunciado (*exceptio veritatis*)⁴⁹; que o **direito à honra** abrange conceitos de dignidade

⁴⁶ Muito se tem discutido se o direito à vida implica direito à morte, tema que tem passado pelas filosóficas, religiosas e jurídicas discussões sobre o suicídio e a eutanásia.

⁴⁷ “A integridade física, como a vida, como a integridade psíquica, como o direito a ter nome e o direito ao nome, pode ser ofendido pela própria pessoa. Daí o contracto de circo não poder ir além do risco normal da atividade, posto que, com tal atividade, de uma só pessoa, a lesão possa ser à própria pessoa”.(pág.21, obra e autor supracitados).

⁴⁸ A liberdade de negociar, assim como a liberdade de escolher uma profissão não se incluem dentre os direitos de personalidade. A primeira, assim como a liberdade de casar e a de testar, representa meros actos decorrentes da autonomia da vontade humana; a segunda se insere no campo do direito ao trabalho.

⁴⁹ “ Com a morte, cessam os direitos, inclusive os direitos de personalidade. Morto não tem direitos, nem deveres. Tratando-se de publicações pela imprensa (jornais, revistas, boletins, etc), a *ação de retificação compulsória* (lei n. 2083, arts. 17/25) pode ser intentada pelo cônjuge, ascendente, descendente, ou irmão, ou irmã, do falecido ofendido, ou a cujo respeito se publicou notícia ou enunciado não verdadeiro, se a ofensa foi posterior à morte, ou anterior, se antes não se consumou o prazo para a punição para o ofendido, em vida, ou para o parente, segundo o art. 18, parágrafo

pessoal, o sentimento e a consciência de ser digno, a estima e a consideração moral dos outros. É um direito inacto ⁵⁰, absoluto, público e subjetivo. Abrange não só as pessoas físicas, como as pessoas jurídicas, vez que a estas também cabe a defesa da reputação, da boa fama (honra objetiva); que o **direito à própria imagem** durante largo tempo foi tratado como um dos aspectos do direito à honra ⁵¹, sendo importante ressaltar que a faculdade de consentir em ser fotografado, ou falar em rádio, ou ser televisionado, não é conteúdo do direito de personalidade à própria imagem, é sim o próprio exercício do direito⁵²; que o **direito de igualdade** (princípio da isonomia) é um direito absoluto, que cessa com a morte. A conceituação da igualdade não pode basear-se só na democracia, nem só na liberdade. Deve-se apurar a igualdade de frente à lei, não na lei; que o **direito ao nome** é uma das manifestações do direito à identidade pessoal, incluindo o nome e o prenome.

Dentre estes diversos aspectos dos direitos de personalidade, importante estabelecer os limites imanentes do direito à privacidade (intimidade, honra e imagem), recorrendo, para tanto, à referida teoria dos círculos concêntricos, determinadores da **esfera da vida privada, esfera da intimidade e esfera do segredo**.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, resguarda a vida privada, assegurando no art. 5º. :

único, contado da morte. A ação do art. 159 quanto à ofensa à verdade transmite-se aos herdeiros do ofensor. Se foi proposta, em vida, ação cominatória, a infração pode ser oriunda dos herdeiros ou sucessores (e.g. esses ou aqueles publicam ou reeditam o livro cuja afirmação falsa foi objeto de apreciação judicial)*. O texto se refere às leis brasileiras em vigor no ano de 1983, data da 4ª. Edição do Tratado de Direito Privado, de Pontes de Miranda.

⁵⁰ Se A diz que o filho da viúva B não é legítimo, pode o curador do nascituro exercer as pretensões e ações, penais e civis, que correspondem ao direito à verdade e ao direito à honra, *no tocante ao nascituro*.” (pág.46, obra e autor supracitados).

⁵¹ O caso do pintor Jacquet, que, no fim do século XIX, retractou Alexandre Dumas como se fosse um vendedor judeu num bazar oriental, concorreu para que se iniciasse a análise do direito à imagem, independente do direito à honra.

⁵² Tema interessante é o que se refere à caricatura. Alguns autores têm entendido que a caricatura não é imagem, nem é retracto, excluindo-a, portanto, do direito à própria imagem, outros acentuam que a caricatura tem por único fim o efeito cômico. Para Pontes de Miranda, “ *a caricatura é a imagem do que se reflete, da fisionomia ou do todo humano, na psique do caricaturista; é imagem de imagem; pode bem acontecer que apanhe mais a fotografia e obtenha exprimir mais do que o retracto a óleo ou a lápis. Mas, por isso mesmo que se tira da imagem anterior, não pode opor-se à sua feitura o caricaturado. Se ofende à honra, ou a outro direito, é outra questão. Todavia – e esse é o ponto principal – a caricatura de grande valor identificativo não pode ser atribuída a outrem, ofendendo a identidade pessoal; estaria violado o direito de personalidade à própria imagem.*” (pag. 63 – obra citada).

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

Em Portugal, a Constituição da República, depois de traçar normas relativas ao *direito à vida* (artigo 24º.) e ao *direito à integridade física* (artigo 25º.), dispôs no artigo 26º.:

"Artigo 26º.

(Outros direitos pessoais)

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.
2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.
3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identificação genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.
4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos."

Analisando o tema com as luzes do direito penal, o professor **José Francisco de Faria Costa** ressaltou que o legislador português, de forma clara e inequívoca, ascendeu a reserva da vida privada a bem jurídico-penal, consagrando-lhe todo o Capítulo VI, do Título I, da Parte Especial.

Assim é que o artigo 181º. do Código Penal Português define comportamentos directamente ligados à informática, ao qualificar a ***devassa por meio da informática***.⁵³

⁵³ Em "Direito Penal da Comunicação: alguns escritos", o autor supracitado afirmou que "perante esta realidade normativa facilmente se percebe que a reserva da vida privada e a intimidade tenham sido alcançadas a bens

Em seguida, numa das mais sólidas e cuidadosas distinções entre a *vida privada* e a *intimidade*, afastando a ideia da *fluidez do conceito de vida privada*, esclareceu o referido autor:

"Se a relação que o "homem" estabelece com o "outro" passa ou pode passar por variações tendencialmente infinitas e seu acto comunicacional é a afirmação de abertura ao outro, isso supõe, como étimo intransponível, que o "eu" para se desenvolver harmonicamente, crie espaços onde o "outro" só pode penetrar quando aquele, o "eu", em atitude de auto-realização, o permita. A esse escrínio do nosso modo-de-ser individual é costume dar-se o nome de *intimidade*. Zona, por conseguinte, do mundo comportamental que se move, preferentemente, no âmbito da vida privada. De facto, é impossível ou pelo menos indiciador de uma *contradictio in adjecto* conceber condutas susceptíveis de serem qualificadas, pelos seus intervenientes, como íntimas se levadas a cabo em um espaço público. De uma forma mais rigorosa: mesmo que os sujeitos do comportamento as considerem como íntimas, o que se verifica é não se poder pedir para elas a tutela que vai implícita nos actos a que a comunidade reconhece tal qualidade e que, por isso, protege quando a barreira da entidade é violada ou quebrada. Na verdade, se se realizam tais comportamentos em espaços notoriamente públicos, sabendo-se, por conseguinte, que se age, justamente, nessa zona de inexistência de privacidade, está-se, de um jeito objetivo, a prescindir daquilo que a ordem jurídica nos confere como salvaguarda para as condutas que se querem cobertas pelo véu da intimidade. Por isso, quem actuasse, cientemente, de modo a não querer a protecção primitiva da intimidade e viesse de seguida reivindicar a protecção que o seu direito à tutela da vida privada e da intimidade lhe confere, mais não estaria do que a concretizar a regra *venire contra factum proprium*. O que implicaria o reconhecimento da ausência de tutela precisamente pela manifestação contextual de uma vontade que se assumiu, desde o nascimento do próprio acto, como

jurídico-penais. No entanto, ao olharmos para o art. 181º. do Código Penal deparamo-nos com uma estrutura normativa – isto é, com uma construção do tipo legal – onde não é fácil detectar a presença dos bens jurídico-penais anteriormente avançados. A compreensão alegada e aprofundada dos elementos do tipo exige, neste contexto, que nos detenhamos na apreensão jurídico-penal do sentido e do conteúdo das noções ou categorias que a vida privada e a intimidade encerram." (cf. pág. 69, Coimbra Editora, 1998).

refratária à protecção jurídica. Assim, dever-se-á adiantar que é a determinação dos âmbitos - dentro daquilo que é socialmente aceitável -, quer do universo das condutas que caem na apreciação e valoração de todos, quer da esfera dos comportamentos que se exigem que fiquem exclusivamente na órbita de alguns, tem na sua gênese um acto que passa pelo valor que a autodeterminação carrega e que está, implicitamente, na livre disposição da pessoa.

Desse jeito, e continuando a seguir a linha argumentativa em momento imediatamente anterior afluída, não é difícil perceber que há actos que não obstante se desencadearem no círculo comunicacional da vida privada - nada têm de íntimo, no preciso sentido de espaço de reserva irreductível das manifestações que a pessoa quer - e a comunidade acha legítimo que se queira - que permaneçam ocultas. Pense-se em um acto de escritura pública de compra e venda de um imóvel. Dá-se, aqui, precisamente, a clara confluência de dois campos normativos. Se, por um lado, a compra e venda representa ou pode representar para cada um dos intervenientes um mero acto da vida privada é indubitável, por outro, que ela se cobre de publicidade quando ganha a forma solene da escritura pública. O que só vem demonstrar, se necessário fosse, que a intromissão em actos da vida privada se não pode confundir com a violação da barreira que envolve comportamentos que espelham a dimensão da intimidade. Ou seja: a vida privada comporta conteúdos e valorações que se não esgotam na intimidade da vida familiar ou sexual. Por isso, em nossa opinião, bem andou o Projecto de Revisão do Código Penal ao considerar no seu artigo 192º. que a vida privada das pessoas, "designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual", pode ser devassada nas circunstâncias que depois se especificam. No entanto, é também preciso compreender - como também já se deixou sugerido - que certos comportamentos da vida privada - relembre-se o exemplo da compra e venda de um imóvel levada a cabo por escritura pública - quando vocacionados, não para a dimensão interna, mas antes para a dimensão externa do nosso modo-de-ser, não são susceptíveis de serem beneficiados pela tutela jurídico-penal. Por outras palavras: o limite mínimo da protecção da reserva da vida privada - ou seja, aquele que mais afastado está do núcleo essencial e irreductível merecedor da protecção penal - coincide,

em espaço ainda bastante vasto, com o limiar do campo normativo onde tem lugar aquilo que vulgarmente se designa por actos pertencentes à vida pública.

Perspectivando valorativamente o que, até ao momento, se analisou, torna-se manifesto que o bem jurídico alçapremado à dignidade da protecção penal foi a *reserva da vida privada*. Por conseguinte, um valor cuja densidade, âmbito e conteúdo abarca a própria intimidade familiar ou mesmo sexual. Um valor que se projecta e reconforta em bem jurídico que dá mais lata protecção penal àquilo que constitui o fundamento de toda esta matéria, qual seja: a comunitariamente empenhada mas autónoma realização do homem”.

Em perfeita sintonia com o trecho compilado, há um parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, entendendo que “.. *a intimidade da vida privada de cada um, que a lei protege, compreende aqueles actos que, não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública por naturais razões de resguardo e melindre, como os sentimentos e afectos familiares, os costumes de vida e as vulgares práticas quotidianas, a vergonha da pobreza e as renúncias que ela impõe e, até, por vezes, o amor da simplicidade, a parecer desconforme com a grandeza dos cargos e a elevação das posições sociais; em suma, tudo: sentimentos, acções e abstenções, que podem ser altamente meritórios do ponto de vista da pessoa a que se referem, mas que, vistos do exterior, tendem a apoucar a ideia que deles faz o público em geral.*”⁵⁴

Percebe-se que é tarefa difícil conceituar, assim como delimitar o âmbito do *direito à vida privada*, sendo certo que a imposição de *reserva da intimidade da vida privada* não alcança a denominada *esfera da vida normal da relação*, ou seja, não alcança aqueles actos que não se pode resguardar do conhecimento e do acesso dos demais integrantes do núcleo social.⁵⁵

V – LIBERDADE DE INFORMAÇÃO:

⁵⁴ Cf. Parecer n. 121/80, de 23 de julho de 1981, extraído da obra referida na nota n. 16.

⁵⁵ Nesta exceção, denominada de factos de domínio público, entram em debate os aspectos relativos não só aos actos da vida privada dos cidadãos, como daqueles que se projectam em evidente notoriedade, como os artistas, os cantores, os jogadores de futebol, os reis, rainhas e princesas, etc. Trata-se do denominado *custo da notoriedade*, que, em tese, autoriza a prevalência do *direito à curiosidade*, que, aliás, justifica o aumento da produção de revistas e de *reality shows*.

Tema susceptível de grandes e acaloradas polémicas tem sido o que se refere à denominada **liberdade de informação**, vez que os sistemas de informação (jornal, rádio, televisão, Internet, etc) conquistaram um amplo espaço, desenvolvendo técnicas avançadas, transformando-se de um meio de mera informação, num dos mais rentáveis negócios mundiais.

A par dos aspectos tecnológicos e financeiros, há a famosa e badalada *indústria do sensacionalismo*, a que se interpõe, na outra face da moeda, a *indústria do dano moral*.

Os antigos *papparazzi* se sofisticam.

Desenvolve-se a *leviandade*, a *superficialidade*.

Palavras como *credibilidade* entram na rotina dos consumidores de notícias!

Anuncia-se um processo de *deterioração* dos padrões de qualidade jornalística.

Criam-se novos paradigmas como a *censura* e a *auto censura*⁵⁶, que não se formaram de fora para dentro, mas que nascem e se desenvolvem dentro das próprias instituições encarregadas de fornecer informação.

O estímulo ao *denuncismo*⁵⁷ permite a destruição de reputações e de carreiras como num verdadeiro *passé de mágica*.

Informes são plantados e ganham corpo, transformando-se em manchetes que vendem notícia.

Num amplo contexto, com a imprescindível ajuda de avançados equipamentos eletrônicos de última geração (minicâmeras, minigravadores,

⁵⁶ José Argolo, no excelente artigo denominado *Alberto Dines, além do tempo jornalístico*, publicado em “**Ética, Cidadania e Imprensa**” (Editora Mauad – organizado por Raquel Paiva – 2002), entrevistando, *on-line*, o jornalista Alberto Dines, obtém o relato que o fim do regime militar no Brasil coincidiu com um início de deterioração dos padrões de qualidade jornalística que haviam conseguido sobreviver às dificuldades do regime militar e afirma que a inocente criação da ANJ – Agência Nacional de Jornais, foi um acto de força que desencadeou a auto-censura, vez que criado da própria força corporativa, como uma reação empresarial à greve dos jornalistas em 1979 e que gradualmente se transformou num poderoso grupo de pressão, afetando o pluralismo e a diversidade tão necessários ao regime democrático de direito.

O jornalista acrescenta, em tom histórico, que uma das primeiras ações desta *agência* foi adotar o USA Today como paradigma jornalístico, fundando o esquema em notícias curtas, rasas, sem contexto, continuidade ou profundidade, sempre enfeitadas com as cores do *show business*, o que se resume em **pouca notícia, muita variedade, muita gente, muita publicidade, muito marketing ...** Em decorrência direta, o mercado passou a comandar as decisões editoriais. O jornalista se transformava num vendedor de notícias.

⁵⁷ No Brasil ficaram famosos os casos da Escola Base de São Paulo, que destruiu a vida de professores acusados de prática de actos de pedofilia com alunos de tenra idade; dos Jardins da Casa da Dinda, quando no poder o presidente Fernando Collor de Melo. Em Portugal assiste-se o desenrolar do caso dos meninos da Casa Pia, falando-se em *cabalas*, termo que caiu no gosto popular e tem sido utilizado rotineiramente.

microfones sem fio, etc), em verdadeiras ações típicas de um 007, a **privacidade** é violada.⁵⁸

A liberdade de informação invade a esfera da liberdade da vida privada.

Em a “*A Imagem que dá Poder*”, - que apesar da aparente limitação a um dos espaços da reserva da vida privada, a *imagem*, pode ser interpretado com um sentido genérico não de simples retratação da figura exterior, mas da contextura do indivíduo, na sua integralidade -, o professor **Diogo Leite Campos**, depois de relatar a bela história do turista que fotografa, lembra que o conhecimento de outrem é fonte de poder.

Como conciliar a fonte de poder dos organismos de informação, para que se possa, finalmente, responder a última das formulações de **Ernest Tugendhat**?

Ou seja, no mundo actual, qual o verdadeiro significado e qual o conteúdo protegido dos direitos humanos?

Como afastar o *individualismo*?

Como impedir o receio de intromissão da necessária informação com o individual direito de ficar sozinho?⁵⁹

VI – COLISÃO DE LIBERDADES?

Sabe-se que as situações de colisão, também denominadas de conflito de direitos, surgem sempre que se encontrarem dois valores ou bens, regularmente e simultaneamente tutelados pela ordem constitucional, numa concreta situação.

⁵⁸ Na entrevista citada na nota n. 56, o jornalista Alberto Dines, depois de destacar que estamos na Era da Informação, disse que devemos dar uma especial atenção ao desempenho dos veículos que distribuem informações, sobretudo porque estes veículos, esquecidos de seus compromissos como prestadores de um serviço público, assumiram-se, despidoradamente como negociadores de informações. Acrescentando : “ Recentemente, num Congresso da Associação Nacional de Jornais, o representante de um grande jornal carioca propôs abertamente uma *cooperação* entre a redação e os diferentes departamentos comerciais. E ninguém estrilou, acharam perfeitamente normal. Nos EUA, quando o Los Angeles Times tentou fazer esta perigosa sinergia, criou-se tamanha celeuma na grande imprensa que o jornal foi obrigado a recuar.

⁵⁹ No término da exposição referida neste estudo, o professor **Diogo Leite Campos** relatou :

“ Em Turim, contava-me um amigo, quando dois vizinhos se cruzam no elevador do prédio comum, é costume fazer-se um curto comentário sobre o tempo. Menos, seria má educação; mais seria violação da privacidade. Faço votos para que, em breve, um dos vizinhos, consultando, mesmo no elevador, o seu computador de bolso, ao verificar que é o dia do aniversário do outro, o felicite calorosamente e lhe entregue, mais tarde, uma caixa de garrafas de Porto Ventai de 1970, que soube, através de sua base de dados, ser a bebida preferida do vizinho.”

Como resolver esta contradição é a questão que buscamos na rota final deste breve estudo, que, decerto, não esgotará o tema, apresentando-se mais como uma rota inicial de um longo estudo.

O exemplo que desperta nosso interesse, dentre a vasta gama de possibilidades de valores ou bens em contradição, é o do conhecido e discutido caso da liberdade de expressão ou de imprensa, em confronto com a liberdade da reserva da esfera íntima da vida privada, ou seja, da reserva do nome, da reputação, do segredo.

A pergunta colocada por **Vieira Andrade** é pertinente e actual:

“ Em que condições é legítimo que um órgão de comunicação social divulgue factos da vida íntima de uma figura pública ou opiniões críticas susceptíveis de lesar o bom nome de uma pessoa? Uma revista ou um filme considerados pornográficos deverão ser proibidos? Poderá um jornalista entrevistar um preso? Ou um jornal divulgar factos relativos à investigação de um crime?”

Impossível esquecer que determinadas pessoas não gozam de protecção nas três esferas concêntricas (esfera da vida privada, esfera da intimidade e esfera do segredo).

As pessoas detentoras de altos cargos públicos, ou a que a eles aspiram, que tenham como função o gerenciamento das finanças públicas, têm, por razões óbvias, reduzida a protecção à esfera da intimidade.

De capital importância afirmar-se, outrossim, que a ponderação de bens, não importa na proibida censura.

A censura é um acto arbitrário, sem pautas predefinidas, sem obediência ao devido processo legal e sem possibilidade de qualquer recurso ⁶⁰.

Uma solução, talvez simplista, seria a adoção das regras de direito civil para a constante colisão de direitos.

Assim, sendo os direitos iguais e da mesma espécie, os titulares cedem, na medida do necessário, possibilitando que os direitos produzam seus efeitos, sem maior detrimento para seus titulares.

⁶⁰ Ideia lançada por Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, em palestra proferida no Seminário Judiciário, Imprensa e Democracia, referido na nota n. 01.

Se, no entanto, os direitos forem desiguais, ou até mesmo de densidades diferentes, há de prevalecer aquele que se mostrar superior.

O que se pode considerar, no entanto, direito de maior ou de menor valor?

A pergunta é de complexa solução, vez que dificilmente se pode estabelecer uma valoração hierárquica entre os bens tutelados pela ordem jurídica vigente.

Saliente-se que as normas infraconstitucionais têm escalonamento em face da regra constitucional e que os direitos, liberdades e garantias antes da normatização ordinária são protegidos pelo manto constitucional.⁶¹

Necessário, desta forma, que se busque a solução harmónica em cada concreto e, nesta esfera, alguns princípios têm sido aplicados, tais como o princípio da *harmonização* ou da *concordância prática*, que utilizam valores que envolvem a *proporcionalidade*, a *ponderação*, a *preferência*.

A *graduação do conteúdo*, o *âmbito dos preceitos em conflito*, assim como a *natureza do conflito*, são critérios adotados para a determinação circunstancial do caso concreto.

Relevante, ainda, a *condição* e o *comportamento* das pessoas envolvidas na colisão de direitos fundamentais.

A questão que parece complexa, tem se mostrado simples, bastando que se utilize a *ética* e o inseparável *bom senso* na ponderação dos conflitos.

VII - TEMPO DE REMATE:

Em tempo de remate, nada mais resta senão adotar a bem lançada síntese formulada na obra que nos serviu de bússola neste mar de naus errantes, onde mais uma vez se busca a solução de conflitos, visando assegurar o bem maior, dentre o leque dos direitos fundamentais, a *liberdade*.

⁶¹ “ A solução dos conflitos e colisões entre direitos, liberdades e garantias ou entre direitos e valores comunitários, não pode, porém, ser resolvida através de uma *preferência abstracta*, com o mero recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais. É difícil estabelecer, em abstracto, uma hierarquia entre os bens constitucionalmente protegidos, em termos de obter uma resposta que permita sacrificar sistematicamente os mesmos importantes.” (Vieira de Andrade – obra citada).

Com este destino, ficam as palavras do professor **José Carlos Vieira de Andrade**:

" ... no conflito entre a *liberdade de expressão* e o *direito de informação dos jornalistas*, de um lado, e o *direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar*, do outro lado, tem de se atender a que: a protecção jurídico-constitucional da liberdade de expressão e do direito de informação varia conforme a utilidade pública e social da divulgação do facto ou opinião - que, por sua vez, é diferente conforme se trate de informação ou opinião em matéria política, económica, social ou cultural, relevante em termos de interesse público, ou vise apenas o entretenimento, a satisfação de curiosidade, o sensacionalismo, a morbidez, etc.; por seu lado, a intensidade da reserva da intimidade varia conforme se trate de aspectos que constituem uma esfera de segredo, uma esfera de privacidade ou de mero resguardo; também há diferenças conforme esteja em causa apenas a divulgação (de factos, imagens ou palavras) ou tenha havido intromissão na privacidade, tal como são relevantes o modo como é feita e o alcance da divulgação; pode ser decisiva a condição de pessoas (conforme se trate de políticos, figuras públicas, réus ou pessoas anónimas) ou o seu comportamento (consentimento tolerante ou autorizado)."

Trabalho realizado por Leticia de Faria Sardas na cadeira de Comunicação e Direitos Fundamentais, ministrada pelo professor José Carlos Vieira de Andrade, no Curso de Direito da Comunicação do Instituto Jurídico da Comunicação, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Janeiro de 2003, publicado na Revista de Direito da Universidade de Coimbra.

Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 17 de julho de 2008.