



ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL: UMA (RE)DISCUSSÃO SOBRE O ESPAÇO DA AUTONOMIA ÉTICO-EXISTENCIAL, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Joyceane Bezerra de Menezes*
Gustavo Raposo Pereira Feitosa**

Resumo

O objetivo do estudo é analisar os processos de redefinição dos limites da esfera privada em face da expansão da esfera pública e rediscutir as fragilidades das balizas construídas em torno da dicotomia público-privado para solução de questões pertinentes ao espaço da autonomia ético-existencial, da intimidade e da vida privada na contemporaneidade. O artigo envolveu uma pesquisa de caráter bibliográfico centrada na revisão da literatura mais qualificada e de referência acerca do tema. Verificou-se que a expansão do *welfare state*, o processo de crescimento da esfera pública, entre outros fenômenos, não são suficientes para explicar a complexidade que a indefinição público-privado representa para a compreensão e aplicação dos direitos fundamentais e humanos. A vida da pessoa transita entre os espaços públicos e os ambientes privados, mas a fronteira entre o íntimo e o público se estabelece para além das dimensões geográficas ou dos conteúdos ideológicos do século XIX e parte do século XX.

Palavras-chave

Autonomia ético-existencial. Proteção à intimidade. Proteção à vida privada. Redefinição da esfera pública.

Abstract

The scope of the study is to analyze the processes of redefinition of the limits of the private sphere in face of the expansion of the public sphere and to revisit the fragilities of the beacons constructed around the public-private dichotomy for solution of questions related to the space of the ethical-existential autonomy, the intimacy and the private life in the in contemporary society. The article involved a bibliographical research and the revision of the most qualified scientific literature concerning the subject. It was verified that the expansion of the welfare state, the process of growth of the public sphere, among other phenomena, are not sufficient to explain the complexity that the indefinition about the limits between the public-private represents to the comprehension and application of fundamental and human rights. A person's life moves between the public spaces and private environments, but the boundary of the intimacy and the public is established beyond the geographic dimensions or ideological content of the nineteenth and part of the twentieth centuries.

-
- * Doutora em Direito pela UFPE. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UNIFOR e da Faculdade de Direito da UFC.
 - ** Doutor em Ciências Sociais pela UNICAMP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UNIFOR e da Faculdade de Direito da UFC.

Keywords

Ethical-existencial autonomy. Protection of the the private life. Protection of the intimacy.

1. INTRODUÇÃO

Câmeras de segurança, *Facebook*, *youtube*, redes sociais, escutas telefônicas, entre outros inúmeros aparatos e tecnologias povoam o cotidiano contemporâneo e desafiam constantemente as fronteiras sempre nebulosas da proteção da vida privada em face de um espaço público em expansão. Essas dimensões de vigilância e exposição representam, contudo, apenas uma pequena parcela do desafio de pensar as contradições postas ao direito pelo redimensionamento dos limites à proteção da intimidade e da vida privada, especialmente na esteira das grandes mudanças engendradas no pós-Segunda Guerra Mundial.

As proteções legais à vida privada como uma dimensão protegida e abrigada da intervenção estatal encontra raízes profundas e longínquas nas construções sociais, culturais, econômicas e jurídicas da Europa. A separação entre espaço público e a esfera privada representa mesmo um dos elementos basilares da construção do Estado no ocidente, definidora da dimensão e do significado da vida política. Em grande medida, ao se construir um muro divisório artificial entre dois aspectos de difícil segregação da vida humana, introduziu-se uma importante e revolucionária condicionante no modo de pensar a vida social, as relações afetivas, a família, a política, a guerra, o Estado, o direito, entre outros fenômenos.

Longe de representar uma linha precisa, esta segmentação fronteiriça guarda laços estreitos com o substrato cultural, social e econômico de cada época e de cada região. O avanço de liberalismo e os desdobramentos normativos e teóricos das revoluções liberais expressam perfeitamente esta relação, na medida em que constroem modelos jurídicos e projeções de ordenamentos constitucionais assentados na convicção pretensamente claras de separação entre as esferas pública e privada.

Como conseqüência desta divisão, protegia-se o indivíduo e os seus direitos como a melhor expressão do espaço livre da intervenção repressora e *perigosa* do Estado. Liberdade individual e esfera privada integram-se, assim, na composição das fronteiras do espaço público. Mas se trata de uma forma qualquer de liberdade ou de vida privada. Sobre ela incidem as condicionantes de um liberalismo político e econômico, de demandas do mercado e da economia capitalista em expansão, de concepções cristãs (reformadas ou não), tudo submerso nos valores sociais dos séculos XVIII e XIX.

As transformações ocorridas ao longo do século XIX na Europa e, especialmente, no século XX, redundaram também numa expansão da ação interventora do Estado em múltiplas dimensões da vida social. Conquistas de direitos políticos e sociais, guerras, movimentos sociais e revoluções, catalizaram reformas significativas nas estruturas normativas estatais. Direitos hoje corriqueiros em

muitos países, como as proteções aos trabalhadores ou às crianças levaram a vigorosos debates sobre os limites da intervenção estatal sobre a esfera privada.

Afirmar que um pai não pode dispor da vida dos próprios filhos e impedi-los de trabalhar representa um avanço a passos largos sobre um campo de poder absolutamente protegido há muitos séculos, ou seja, uma autorização profunda em pressupostos aparentemente consolidados da construção da ordem jurídica proposta pelas revoluções liberais.

O grande salto em velocidade e intensidade transformadora ocorreu na segunda metade do século XX, acompanhado de uma expansão da esfera pública sobre o que se construiu historicamente como dimensão privada da vida humana. Relações entre marido e mulher, filhos, educação, saúde individual e coletiva, trabalho, sexualidade, reprodução, patrimônio genético ganharam regulamentação, proteção e direcionamento estatal. Desapareceram quaisquer aspectos da vida humana que estivessem integralmente protegidos da ação reguladora ou limitadora, a ponto de se pensar se de fato é possível ainda falar de uma verdadeira esfera privada.

Por via de consequência, a ausência de zonas livres ou protegidas da regulação podem produzir uma impressão de desaparecimento de qualquer sentido ao se falar de uma proteção à intimidade ou à vida privada. Qual o significado dessa intimidade quando a construção da sociabilidade contemporânea envolve uma elevada exposição da vida privada por meio de novas tecnologias ou o acompanhamento amplo dos atos da vida privada por instituições públicas e privadas (proteção ao crédito, bancos de dados oficiais, organizações de segurança, serviços secretos etc.)?

Por outro lado, contudo, nunca se falou e discutiu tanto sobre a proteção à vida privada e à intimidade. O debate insere-se na reflexão sobre questões políticas amplas como a democracia e a proteção do indivíduo perante a ação estatal, perpassa as análises sobre uso de imagens e exposição da vida familiar, resvala em complexos dilemas bioéticos, segue para aspectos econômicos e sempre redundante em polêmicas com inúmeros matizes e novos desdobramentos.

Ao mesmo tempo, a antiga dicotomia público-privado não serve integralmente para balizar a complexidade dos debates, na medida em que muitos dos avanços sobre os direitos e proteções à vida privada seguem movidos por força estritamente privadas, como grandes empresas de mídia, bancos, empresas de segurança, indústrias de farmacêuticas e de biotecnologias ou mesmo indivíduos no uso das novas e revolucionárias tecnologias da comunicação e informação.

Em meio a um flagrante déficit legislativo sobre as principais questões que cercam os temas da vida privada e da intimidade, resta ao Judiciário e aos pesquisadores do Direito construir soluções nascidas da complexa casuística contemporânea em que a cláusula geral de tutela da pessoal, a análise sobre a autonomia ético-existencial e a ponderação dos valores constitucionais guiam o esforço hermenêutico. E é com este olhar que o presente estudo pretende enfrentar

alguns aspectos do debate acerca da redefinição dos limites entre o público e o privado no processo de adequação das proteções constitucionais à vida privada e à intimidade em face dos novos desafios postos pela contemporaneidade.

2. A TUTELA DA PESSOA COMO EIXO VALORATIVO DO SISTEMA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Mesmo considerando a importância das grandes codificações na sistematização do Direito moderno a partir do discurso racional e cognoscível ao cidadão, devem-se observar as dificuldades teleológicas que surgiram ante a quase completa autonomia que os códigos alcançaram na práxis jurídica. Inspirados inicialmente no Direito Natural para facilitar a busca da felicidade pelos cidadãos¹, os grandes códigos foram apropriados pelo direito nacional e utilizados ora como instrumentos de controle ideológico do governo sobre o povo, ora como instrumento para a realização das necessidades da economia capitalista (CAENEGEM, 2000, p.179). O ensino jurídico tradicional, por sua vez, esteve encarregado de reproduzir essa plataforma político-ideológica, por meio de um *Direito* aparentemente neutro e comprometido com o ideal de justiça².

A pretensa unidade sistemática dos códigos, cuja instituição é simultânea à criação do Estado nacional, para “ordenar a conduta jurídico-privada do cidadão” perdeu a centralidade na ambiência do século XX, marcado pela crise das visões totalizadoras e pela pulverização dos diferentes interesses individuais, coletivos e difusos. No tempo atual, a própria identidade do sujeito é pulverizada. Se o iluminismo franqueava a ideia de que o indivíduo possuía uma identidade centrada em um núcleo interior unificado e imutável, o sujeito pós-moderno tem uma identidade cambiante que vacila em um processo de construção e reconstrução (HALL, 2011, p.13), subvertendo a identidade aprisionada em caracteres fixos e inalteráveis. Isso resulta na necessária releitura de diversos institutos jurídicos, afinal, pela cláusula geral de tutela a pessoa tem proteção especial em muitas relações existenciais e patrimoniais. Logo, a disposição civilista acastelada em uma pluralidade de categorias específicas cede à compreensão sistemático-valorativa do direito.

Para Lorenzetti (1998, p.55) “o Código significou uma abstração da ideia

¹ Conforme registra Caenegem (2000, p.164) “na era moderna, o direito natural se apresentava como um corpo de princípios básicos que fundamentavam o direito positivo”.

² A mudança de parâmetros a partir do ensino jurídico depende de uma revolução cultural que se efetivará não apenas por meio da educação formal, mas também pela participação ativa dos diversos segmentos sociais que retomem o desejo de construção de uma sociedade verdadeiramente justa e democrática. No plano formal, há exigências mínimas para os Cursos de Direito por meio das instâncias públicas de controle. As diretrizes nacionais, por exemplo, exigem uma estrutura mínima para o ensino jurídico no país, orientando a construção do saber por uma perspectiva crítico-reflexiva, interdisciplinar e comprometida com a construção de uma sociedade justa e solidária. Infelizmente, muitos cursos não oferecem condições plenas aos estudantes para uma formação integral e ainda lançam bacharéis com uma visão turva do Direito, restrito a uma mera exegese de textos legais.

de cidadão, [que] eliminava as singularidades para dispor sobre um conceito único, ao qual se aplicavam as conseqüências jurídicas”. Hoje, não é suficiência para atender a heterogeneidade e a diferença visível nas relações jurídicas que passam a ser contempladas por leis especiais que compilam normas de direito privado, de direito público, de direito material e de direito processual, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor³.

Na orientação de Fachin (2000, p.32-35), a relação jurídica não deve ser examinada apenas por meio da dimensão exclusivamente técnica formal, mas deve dar conta de uma ordenação conceitual contextualizada da vida concreta, real. E isso não pode ser alcançado apenas pelas categorias abstratas das grandes codificações. Além do que é indispensável a utilização das regras e princípios constitucionais como uma tábua axiológica conformadora integradora de todo o sistema normativo⁴.

Pode-se dizer que houve um giro conceitual no plano do direito civil e a compreensão sobre o que significa *privado* passou por sensíveis alterações, de modo que a fronteira com o espaço público foi esmaecida pela emergência dos direitos sociais e pela tutela especial de grupos vulneráveis tais como as crianças, os idosos, as mulheres e os índios. E é certo que a concorrência com esses interesses, em vista da ética solidarista que permeia o direito civil, acabou por realinhar os domínios do direito privado de cepa originariamente liberal.

Todos os segmentos sociais, público e privado, são chamados à solidariedade. Não se trata de uma solidariedade reflexa de uma formação ética, moral ou religiosa do sujeito, mas de um princípio jurídico dotado de eficácia capaz de determinar ações objetivas⁵. De acordo com Moraes (2003, p.114)

³ De acordo com Lorenzetti (1998, p.56) “o jurista se converte em um militante do microsistema. O Direito Civil e os civilistas tendem a perder a imparcialidade, se transformam em militantes de verdades parciais. O mesmo ocorre com o juiz, quando deve decidir a cerca de problemas ambientais ou de consumo; também ele é consumidor e está sendo prejudicado como ser vivo. A verdade que se expressa é subjetiva, particularizada. Foi dito que a esquerda “pós-moderna” representa minorias; o Direito Civil também, e com isso expressa seus limites, seu caráter defensivo. (...) Isso conduz à perda da globalidade, da pretensão de regular a sociedade em seu conjunto, o que era a finalidade precípua dos Códigos” (grifo proposital).

⁴ Na explicação de Moraes (2010, p.248-249) “A pessoa humana que se difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, há de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social, e nunca como uma célula autônoma, um microcosmo cujo destino e cujas atitudes pudessem ser indiferentes às demais. Ao direito de liberdade da pessoa será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, mas não reputado como um sentimento genérico de fraternidade ou uma ação virtuosa que o indivíduo poderia – ou não – praticar, dentro da sua ampla autonomia. Na medida em que não se pode conceber o mítico *homo clausus* cujo epíteto é o “indivíduo”, tampouco podem existir direitos que se reconduzam a esta figura ficcional. Os direitos só existem para ser exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos “fundamentalmente organizados” para viverem em meio a outros.”

⁵ Conforme esclarecimento de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 115), “O fato social é intrinsecamente caótico, desorganizado; a liberalidade, puramente eventual. O direito, ao contrário, é exigível, e é isto que torna a solidariedade um princípio diferente. Como seria possível obrigar alguém a ser solidário? Não seria o mesmo que querer exigir o sentimento de fraternidade entre as pessoas? A dificuldade está unicamente em se continuar atribuindo à

“o princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, como o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.”⁶

O direito civil fundamenta-se na Constituição e não no Direito Natural, portanto regulamenta *interesses* protegidos e reconhecidos juridicamente e não *o senhorio da vontade individual*, elemento nuclear da tradicional ideia de direito subjetivo. Na relação entre agentes privados, houve a necessidade de intervenção estatal para a garantia das liberdades e a defesa das pessoas, aspecto em que as codificações se mostraram insuficientes (GIORGIANNI, 1998, p.44 e 50).

Importa, pois, que as relações individuais sejam justas e que as instituições, em geral, funcionem, simultaneamente, *de modo adequado a promoção do desenvolvimento do país* (WALD, 2008). Retomando-se o entendimento de Canaris⁷, a unidade do ordenamento não se estabelece apenas como um postulado lógico-

solidariedade um caráter essencialmente beneficente. Não se quer exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas que se comporte como se assim fosse.”

⁶ Arrisca-se dizer que a solidariedade transcende ao aparato ético da sociedade cristã que orienta o cuidado com próximo, um contemporâneo temporal. As prescrições tradicionais de zelo pelo vizinho, pelo próximo são válidas para uma imediatividade íntima, para a vida cotidiana das interações humanas. Mas essas prescrições se tornam insuficientes ante ao crescente “domínio do fazer coletivo, no qual ator, ação e efeito não são mais os mesmos da esfera próxima. Isso impõe à ética, pela enormidade de suas forças, uma nova dimensão, nunca antes sonhada de responsabilidade”. (2006, p.39) O estado atual da ciência, com o seu potencial de resvalar efeitos negativos em futuras gerações, demanda um novo imperativo, adequado aos efeitos desse agir: “aja de tal modo a que os efeitos de tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida”. (JONAS, 2006, p.47-48) Nesse plano, discute-se a ampliação do instituto da responsabilidade civil e a necessidade de amparar a pessoa em face do dano derivado do risco de desenvolvimento.

⁷ Na compreensão de Canaris (1996, p.20-22), a ordem interior e a unidade do Direito constituem exigências ético-jurídicas que também se encerram como pressupostos da natureza científica da jurisprudência. Essa unidade pretende evitar as contradições da ordem jurídica pela adequação, que representa a tendência generalizadora da justiça, aplicável ao caso concreto pela preponderância de uns poucos princípios gerais e abstratos. Por um lado ela constitui – “nos seus, por assim dizer, componentes negativos, apenas de novo uma emanção do princípio da igualdade, enquanto procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica. (...) no seu componente positivo, ela não representa mais do que a realização da tendência generalizadora da justiça, que exige a superação dos numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios abstractos e gerais. Através deste último, garante-se que a ordem do Direito não se dispersa numa multiplicidade de valores singulares desconexos, antes se deixando reconduzir a critérios gerais relativamente pouco numerosos; e, com isso fica também demonstrada a efectividade da segunda característica de sistema, da unidade”. (1996, p.19-21). Seguindo a orientação de Barroso (2004, p.4) “na aplicação de princípios, o interprete irá determinar, *in concreto*, quais são as condutas aptas a realizá-los adequadamente. Nos casos de colisão de princípios ou de direitos fundamentais, caberá a ele fazer as valorações adequadas, de modo a preservar o Máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer. Um interprete que verifica a legitimidade de condutas alternativas, que faz valorações e escolhas, não desempenha apenas uma função de conhecimento. Com maior ou menor intensidade, de acordo com o caso concreto, ele exerce sua discricionariedade”. Para que essas decisões, não se afirmem em um processo criativo arbitrário, o aplicador deve sustentá-las no discurso racional devidamente fundamentado. Sem abandonar a técnica de subsunção, concilia, simultaneamente, a ponderação.

-jurídico, mas também como um postulado axiológico que demanda uma máxima adequação valorativa que busca a regra de justiça⁸. Não se trata da persecução a uma justiça material apriorística, mas da testagem dos valores legislados, analisando as consequências de sua aplicação ao caso concreto, de modo a evitar contradições e também permitir uma adequação formal, tudo em conformação com o princípio da igualdade correspondente à própria idéia de justiça.

O sistema jurídico torna-se, segundo Canaris (1996, p.77) uma “ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito”⁹. E é essa, a sugestão de Wald (2008, p.79) quando afirma que, “no fundo, criou-se a necessidade de ponderação entre os diversos valores assegurados constitucionalmente, como a justiça social e o desenvolvimento econômico do país, de um lado, e, de outro, os direitos individuais legalmente assegurados”.

Portanto, em razão da unidade do sistema jurídico, especialmente, da unidade axiológica, justificam-se as restrições estabelecidas ao interesse privado no tocante ao exercício das liberdades específicas, do direito geral de liberdade, da propriedade, da empresa, do contrato, na ambiência das relações familiares para contribuir para fins públicos ou transindividuais¹⁰.

Para Perlingieri (2008) algumas dessas limitações já são intrínsecas aos perfis estruturais da própria posição jurídica subjetiva. Assim, perfil do interesse é o que justifica uma situação jurídica como existencial e/ou patrimonial. Como exemplo, tem-se na propriedade um interesse patrimonial e no direito de personalidade interesses preponderantemente existenciais. Mas há também outros perfis, tais como o perfil dinâmico, o perfil do exercício, o perfil normativo e o perfil funcional que “conforma a função de cada situação subjetiva em sentido social” (PERLINGIERI, 2008, p.670).

A partir desse perfil funcional, a situação subjetiva pode até se transfigurar, como no caso da propriedade pública que é função social enquanto a propriedade privada *tem* função social. Nestes termos, o direito individual de

⁸ Na explicação de François Ewald, a instância normativa forma um par com a instância de interpretação, de sorte que “descrever um sistema jurídico não pode ser somente descrever certas práticas de direito positivo, mas sim o par que elas formam com a sua instancia de interpretação (2000, p.211)

⁹ Embora destaque que o significado de princípios gerais de direito e a sua determinação não seja determinada de antemão, ante a relatividade desse critério (modifica-se essa generalidade a depender do ponto de vista), o próprio Canaris lista alguns princípios constitutivos do sistema: “a autodeterminação, a auto-responsabilidade, a proteção do tráfico e de confiança, a consideração pelas esferas de personalidade e de liberdade dos outros e a restituição do enriquecimento ilícito” (1996, p.80).

¹⁰ O que remonta a outra conclusão de Moraes (2010, p.261) “No quadro contemporâneo, marcado pela superação da dicotomia clássica entre o direito público e o direito privado, perderam relevo as concepções que consideravam o direito subjetivo, a priori, como um poder atribuído à vontade individual, para a realização de um seu interesse exclusivo – cabendo-lhe respeitar apenas uns poucos limites externos, dispostos no interesse de terceiros ou da coletividade. Ao contrário, as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos.”

um particular à propriedade se justifica em sua função individual-social, não se esgotando somente no exercício dos atributos em benefício do titular. Tem-se que o perfil funcional condiciona a tutela do interesse ao atendimento dos escopos sociais (2008, p.671-672), como se verifica no âmbito dos contratos¹¹, da empresa, e enfim, de tantas outras situações jurídicas subjetivas. Veja-se, por exemplo, a noção de abuso de direito assinalada no art.187 do Código Civil Brasileiro que qualifica como ato ilícito o exercício do direito para além dos limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Michele Giorgianni (1998, pp. 44, 50) explica que houve uma socialização ou publicização do direito privado tendo em vista da realidade social e econômica exsurgente no pós-guerra, provocando sensíveis alterações no campo das atividades econômicas, da autonomia negocial e da responsabilidade, para permitir uma melhor tutela da pessoa a partir de instrumentos de direito público e mediante a franca intervenção do Estado.

Dito isto, qual seria o impacto que a confluência dessas esferas pública e privada pode gerar sobre a vida privada? Quais os escopos sociais que poderiam ser identificados no espaço da vida privada, da intimidade, da autonomia ético-existencial? Quais seriam os limites para justificar uma intervenção nessa seara? Haveria na tutela desses interesses privados, um núcleo reservado, hermético à influência do público, com escopos exclusivamente individuais?

3. O ESPAÇO DE INTIMIDADE NA RELAÇÃO PÚBLICO VERSUS PRIVADO

O Pacto San José da Costa Rica (1969), no art.11, dispõe que “2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.” Asseverando, em seguida, que “3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.” A Declaração Universal dos Direitos Humanos também fez referência à necessidade de proteção à vida privada e à intimidade (art.XII). A Constituição Brasileira garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art.5º., X). Qualificado como direito especial de

¹¹ “O contrato é, hoje, um instrumento de cooperação que deve atender tanto aos interesses das partes quanto da sociedade, admitindo-se até a existência de uma *affectio contractus* não muito distinta do vínculo que une os sócios de uma empresa e que caracteriza a vida conjugal. Deve, pois, a relação contratual ser aprimorada e preservada no tempo, fazendo-se prevalecer, sobre os interesses de cada uma das partes, o espírito que animou a celebração do acordo, respeitados, ainda, os direitos adquiridos, bem como o equilíbrio econômico e financeiro, que deve ser mantido entre as prestações devidas pelos contratantes durante toda a vigência do contrato” (WALD, 2008, p.83). Na explicação de Tepedino, aplica-se a função social aos contratos como uma forma de assegurar os objetivos da República Brasileira, impondo-se às partes a funcionalização da estrutura incorporada aqui no “dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos” (2008, p.399)

personalidade, a inviolabilidade da vida privada recebe tutela geral definida no art. 21 do Código Civil Brasileiro.

Apesar de não ser considerado um direito absoluto, a vida privada não pode sofrer interferências arbitrárias. Eventual violação ou ameaça a este espaço legítima a pretensão de exigir que o Estado faça cessar a interferência, concreta ou potencial, ilícita de terceiro, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira. Obviamente sem prejuízo de eventual indenização por danos.

Mas seriam a vida privada e intimidade da vida familiar conceitos correlatos? Diz Perlingieri (2007, p.183) que a tutela da intimidade é componente do núcleo familiar e “uma condição para o livre desenvolvimento da pessoa”. De Cupis (2008, p.156) aborda a questão sob a lente do direito de resguardo, afirmando que a “pessoa tem direito a conservar a discrição mesmo em torno dos acontecimentos e do desenvolvimento da sua vida. Experiências, lutas, paixões pessoais, estão intimamente ligadas, não podendo, por isso, conceder-se livre acesso à curiosidade do público.” Trata-se do que, para Cifuentes (1995, p.543) representa um reduto intransferível de interioridade. Esse reduto individual seria o direito à solidão, uma reserva da personalidade¹², exercitável no ambiente próprio e familiar. Assim, a vida privada seria uma referência ao íntimo, ao pessoal. Neste ponto, o privado é preservado do público – da curiosidade meramente persecutória.

Não há finalidade social a perseguir no ambiente da intimidade, da solidude. Somente um interesse legítimo - social ou público poderia justificar a imiscuição naquela esfera (CIFUENTES, 1995, P545). Mas é de se perguntar se essa esfera de intimidade somente se realiza entre quatro paredes. Crê-se que, não necessariamente, pois a medida de realização dessa vida privada, dessa intimidade, no ambiente público. Assim, não seria o lócus onde a vida íntima se realiza o determinante para o seu resguardo, mas o interesse envolvido.

Até mesmo para os genuínos defensores da publicidade no espaço público (ARENDDT, 2000), por ser o direito à informação um forte antídoto contra o totalitarismo, importa garantir-se o espaço da intimidade da vida privada, insondável pelo interesse público e merecedor de tutela estatal (LAFER, 1988, p.263). No pensamento de Arendt (1999), é importante o direito de estar só para favorecer a atividade contemplativa do homem. No entanto, a própria autora compreende que a tutela da vida privada vai além do direito ao resguardo e da inviolabilidade domiciliar, para também albergar outros interesses como a propriedade de bens de uso pessoal, dos bens indispensáveis ao labor, na medida em que estes também são considerados bens necessários à vida. Não se trata aqui de riqueza, mas de um arcabouço material e imaterial necessário ao exercício da autonomia ético-existencial da pessoa.

¹² Em trecho transcrito, “Soledad que, en un plano absoluto, puede importar simplemente la esfera de las reservas personales; el reduto individual. En pocas palabras, intimidad radical o em pequeño círculo de los allegados. El ser espiritual del hombre no puede prescindir de dicha soledad” (CIFUENTES, 1995, p.543).

A autonomia ético-existencial é a esfera de liberdade que tem a pessoa em realizar escolhas pessoais, que impactem apenas em sua esfera privada. Bem certo é que o exercício dessa autonomia requer do sujeito, a prévia atividade contemplativa realizável na seara da mais profunda intimidade que não é de interesse público, vez que não interfere em direitos de terceiros (LAFER, 1988, p.268). Embora não se trate de um direito absoluto, a intimidade, a vida privada, a autonomia ético-existencial são aspectos da pessoa que devem ser considerados com cuidadosa atenção e necessária ponderação, quando, no caso concreto, estiverem em conflito com outros interesses também assegurados por normas constitucionais.

Na orientação de Canaris (1996), um conflito desta ordem demandaria do intérprete, todo o esforço hermenêutico tendente à máxima adequação dos valores constitucionais. E a uma resposta definitiva não se poderia chegar, senão nos limites de um caso concreto e específico sob exame. A título de exemplo, citam-se alguns contrastes achados no campo da bioética¹³ – quando se trata do sentido de vida e do sentido de morte; quando se discutem as modificações corporais ante à autonomia e à igualdade; no tocante à autonomia para decidir sobre a conveniência de tratamento médico e o direito à saúde; no plano da vida religiosa, quando se fala de independência de crença e culto; no âmbito da proteção à imagem quando os sigilos entram em choque com a relevância da informação; e a preservação da imagem colide com o direito à informação e/ou o direito à segurança.

Há autores, como Oliveira (2002, p.94-96) que orientam a aplicação da ponderação na solução de antinomias dessa natureza, mas que defendem a prevalência dos interesses privados sobre os “interesses coletivos” ou “interesse público”, quando aos dois pólos antinômicos se puderem atribuir o mesmo peso valorativo. Exemplificando a aplicação de sua teoria, Oliveira (2002) cita o caso da lei portuguesa que qualificou todos os cidadãos como doadores de órgãos, deixando aos mesmos a alternativa de insurgência expressa pelo dissentimento. No Brasil, houve iniciativa do legislativo na mesma direção, sendo precocemente afastada por inconstitucionalidade, haja vista a abusiva imiscuição na esfera privada do sujeito.

Talvez, pelo estado da arte nessa matéria, a cláusula geral de tutela da pessoa (PERLINGIERI, 2008; MORAES, 2010; TEPEDINO, 2004) seja o princípio geral de direito que melhor represente a valoração do sujeito e sua autonomia. E é em atenção à tutela da intimidade que se realiza a proteção da individualidade, e, conseqüentemente, da diferença. No espaço público, o Estado deve fazer valer as condições igualitárias; no espaço privado, há que garantir o direito à diferença (LAFER, 1988, p. 267). A personalidade não tem a tutela exaurida no campo do direito subjetivo, mas representa um valor fundamental do ordena-

¹³ Aplicando-se a principiologia da Declaração de Helsinque (1964), devidamente revista pela OMS, tem-se que “os interesses e o bem-estar do ser humano deverão prevalecer sobre o interesse exclusivo da sociedade ou da ciência” (art.5º.). Noutros termos, há o juízo kantiano de não instrumentalização da pessoa humana.

mento, norteando as situações jurídicas existenciais, razão pela qual a sua tutela há que ser dinâmica e não fechada em *numerus clausus* de situações protegidas.

4. CONCLUSÕES

Um dos aspectos mais relevantes da transformação do Estado ao longo da segunda metade do século XX consiste exatamente da redefinição da esfera pública em face dos modelos tradicionais do Estado Liberal e das orientações político-ideológicas de não intervenção estatal na esfera privada. A maior parte da discussão acadêmica sobre os novos contornos do Estado centravam-se em aspectos regulatórios relacionados à dimensão social dos direitos e em outras vertentes dos direitos fundamentais, como os direitos coletivos e difusos.

A legitimação de uma *colonização* da linguagem do *público* sobre a vida privada vinculava-se à reconstrução da matriz social e política após a Segunda Guerra Mundial, em que florescia o *welfare state* erigido sobre as ruínas de uma Europa devastada. O efeito mais direto desta expansão certamente incide sobre as fronteiras entre o público e o privado, em sua acepção condicionada pelos debates liberais dos séculos anteriores. Todavia, este processo não consegue explicar toda a complexidade que a indefinição da dicotomia público-privado nas últimas décadas representa para compreensão e aplicação dos direitos fundamentais e humanos, bem como para a própria percepção sobre a atuação do Estado.

Parte importante do discurso por traz da defesa de mais intervenção estatal para produção de bem estar, estabilidade econômica, redução dos efeitos das crises e proteção de novos e velhos direitos e garantia assentava-se na compreensão de que regulação e intervenção estatal projetavam a concretização de valores constitucionais e a realização mais ampla dos direitos humanos.

As resistências mais severas a esta expansão da esfera pública situavam-se essencialmente no campo das relações de mercado, ou seja, em matérias mais sensíveis às grandes forças econômicas. O mesmo esforço de rejeição à ação estatal não encontrava eco majoritário em áreas relacionadas às dimensões mais estreitamente individuais, privadas e íntimas. Esta menor rejeição pode ser mais facilmente justificava por envolver temas como educação infantil e relações familiares, violência doméstica, propagação do preconceito e manifestação do racismo.

Não obstante, a grande contradição com o discurso protetor, garantista e concretizador dos direitos ínsito à quebra dos limites público-privado ocorre em matérias que rompem valores sociais e culturais como a proteção à diversidade, à liberdade reprodutiva, à sexualidade, à bioética, ou, ainda, a aspectos que produzem obstáculos às transformações gestadas por novas tecnologias da comunicação e informação e à nova economia em torno dela.

Os impasses e as antinomias nascem no momento em que os sentidos da afirmação da proteção dos direitos se corroem pela indefinição dos significados

dos direitos a proteger. Alguns exemplos evidentes destes paradoxos sobressaem nas questões acerca da sexualidade humana, situadas no estreito limite da vida íntima e privada, e nas situações de exposição ou controle da vida privada por agentes públicos ou privados (serviços de segurança ou simplesmente redes sociais, sítios de internet etc.).

A proteção a autonomia ético-existencial contida na esfera de liberdade que tem a pessoa em realizar escolhas pessoais que impactem apenas em sua esfera privada, especialmente no caso de grupos minoritários, de vozes dissonantes no contexto social, cultural e religioso de muitos países, implica na rejeição da intervenção que ao longo das últimas décadas representou, em grande medida, a valorização e a proteção da dignidade humana em suas mais diversas dimensões.

Longe de pretender defender paradigmas liberais assentados no *laissez-faire* percebe-se na discussão recente sobre os limites entre o público e o privado a importância de superar o debate balizado por esta dicotomia e por seu viés fortemente ideológico, para encontrar um caminho de expressão da autonomia individual que, em situações concretas, sejam preservadas as dimensões da vida íntima e privada.

Não se trata de apenas defender a abstenção ou a intervenção estatal, mas de perceber que em alguns espaços da vida humana, a realização da autonomia ético-existencial implica na composição complexa e dinâmica entre posturas negativas e positivas, ora regulando, vedando condutas contrárias ao exercício desta autonomia, ora reservando, protegendo e reconhecendo dimensões livres da ação diretiva do Estado. E neste processo, a designação destes espaços como público ou privado pouco contribuem para esclarecer, preservar ou favorecer a defesa de dimensões da vida íntima e privada.

O espaço de autoconstrução da subjetividade é indispensável à realização da pessoa, sujeito dotado de dignidade. E a expressão dessa liberdade é tutelada por mecanismos que excedem a tradicional dinâmica do direito subjetivo. Por meio de uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa, os princípios constitucionais da dignidade, liberdade e igualdade invadem o direito privado, de sorte a mobilizar o sujeito de condições amplas e legítimas para a construção de sua biografia. Nesse sentido, é de se observar que a vida da pessoa transita entre os espaços públicos e os ambientes privados, mas que, no entanto, a fronteira entre o íntimo e o público não se estabelece em termos geográficos. Na praça pública é possível a manifestação da vida privada, quando dois enamorados, por exemplo, trocam carinhos. No espaço privado é possível a celebração do casamento, momento juridicamente definido como de interesse público. Assim, a proteção à vida privada deve se estabelecer pelo interesse que move o evento.

Recentemente, em caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, STJ, 2012), um rapaz que acompanhava uma pessoa vítima de violência com motivação homofóbica teve sua imagem, nome veiculado em notícias informando sua suposta orientação sem sua autorização. Em verdade, passe-

ando pela via pública, a pessoa tem a tutela da sua imagem e da sua identidade sexual. A devassa a intimidade não se justifica pela posição física da pessoa. Não havia interesse juridicamente superior à intimidade do sujeito para justificar a publicização de elementos tão pertinentes apenas a sua esfera privada. Essa foi a conclusão a que chegou o STJ quando apreciou a matéria e determinou a indenização por dano moral àquela vítima. Disso resulta que a vida privada, mesmo quando, transcorrendo em espaço público não deve ser devassada, exceto para tutela da dignidade da pessoa humana ou mesmo para atender a interesse geral ponderado como de maior relevância no caso concreto, como no exemplo em que a imagem de um agente criminoso é divulgada como ilustração de notícia do próprio fato.

5. REFERÊNCIAS

ARENDETT, Hannah. **A condição humana**. (1958) Trad. R. Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de direito administrativo**. V.235, Jan/mar.2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.1-36.

BRASIL, STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial Nº 1.235.926 - SP (2011/0020390-4). **Ação de indenização por danos morais e por violação de direito de imagem. Publicação não autorizada de foto e nome do autor, que acompanhava a vítima quando de agressão, de que resultou a morte, praticada por “skinheads” por motivação homofóbica**. [...]. Data do Julgamento: 15 de março de 2012.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica do direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. Buenos Aires: Astrea, 1995.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos de personalidade. Rio de Janeiro: Quorum, 2008.

EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. Lisboa: Vega, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**. N.747, Janeiro de 1998, Ano 87. São Paulo: RT, 1998, p.35-55.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

JONAS, Hans. **Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Princípio da solidariedade. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 251-253

PERLINGIERI, Pietro. **O direito na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento**. Ensaios sobre um caso de constitucionalização do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.395-406.

WALD, Arnold. O interesse social no direito privado. **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.77-102.