

ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE O DIREITO DE PRIVACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Cristiano Colombo¹

No Brasil, a Constituição de 1824, em que pese sua raiz monárquica, foi motivada por influências liberais, inclusive, ideais democráticos, na lição de Cezar Saldanha Souza Júnior.

O liberalismo que vai penetrar na Constituição de 1824 é aquele da tradição de Locke, que se inspira no denominado constitucionalismo medieval. Vai combinar-se com a doutrina de Francisco Suárez (1546-1619), igualmente fundada no pensamento político da escolástica medieval, pensamento que vertebrou o movimento da restauração portuguesa de 1640. Esse jesuíta, por longos anos, ensinara em Coimbra que, se o poder vinha, em última instância, de Deus, vinha necessariamente por meio do povo. Essa posição democrática, avessa ao absolutismo, impregna, desde o Preâmbulo, o texto de 1824.ⁱ

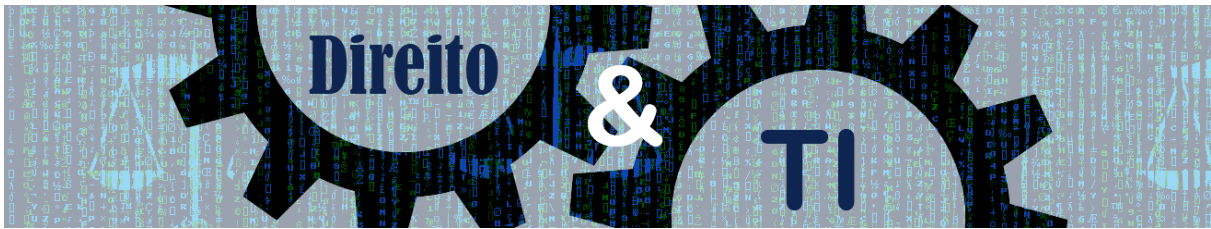
Nesse sentido, nos termos do artigo 179, a Constituição de 1824 elencou as “Garantias dos Direitos Civis”.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. [...] XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo.ⁱⁱ

Ao consagrar a casa como um “asylo inviolável”, bem como tratar do “Segredo das Cartas”, tem-se a gênese dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, hoje, presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como os “Direitos de Personalidade”, havidos no Código Civil de 2002. Importante salientar que o período Imperial foi propício para o surgimento desta temática, em nível constitucional.

As instituições políticas consagradas em 1824 visavam atender, simultânea e harmonizadamente, aquelas duas decisões fundamentais: a construção de um Estado nacional e o estabelecimento de um Estado liberal segundo padrões europeus. Uma Constituição escrita e rígida, pelo menos na parte essencial, combinava a divisão dos

¹ Pós-Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Email: cristiano@colomboadvocacia.com.br.



poderes, as garantias de direitos individuais e os mecanismos do regime representativo (eleições populares, com as restrições universalmente admitidas, a uma Assembleia Geral nacional; a temporiedade dos mandatos, à Câmara dos Deputados, a responsabilidade dos Ministros de Estado, etc...) com o unitarismo político, (temperado embora com autonomia em nível municipal e com descentralização administrativa em nível provincial).ⁱⁱⁱ

Em 1889, adentra-se no período republicano. João Camillo de Oliveira Torres, de forma categórica, arrolou os motivos fundantes da transição entre o período monárquico e o republicano.

A república foi proclamada no Brasil exclusivamente por ser considerada a melhor forma de governo 'em si' e por ser a mais comum na América. Foi uma revolução deduzida logicamente de um silogismo: sendo o governante escolhido pelo povo e sendo este o principal interessado na escolha, necessariamente não poderia deixar de fazer a melhor escolha.^{iv}

Com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, este rol de direitos passou a ser uma “Declaração de Direitos”, além do reconhecimento, em nível constitucional, dos direitos autorais, extensivos aos herdeiros, por ocasião da morte.

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes [...] § 11. A casa é o asylo ínvioavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, sinão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, sinão nos casos e pela fórma prescriptos na lei. [...] § 18. E' inviolavel o sigillo da correspondencia. [...] § 26. Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.^v

Segundo Orlando Gomes,

a Constituição de 1891, em cuja vigência foi elaborado, estava impregnada do espírito de 89. A coluna vertebral desse documento político implantava-se na concepção de que o homem é dotado de direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que constituem a medida e fim da organização jurídica da vida social. Sobre esses direitos solenemente assegurados, erigiu-se o Código Civil.^{vi}

Com o advento do Código Civil de 1916, não houve qualquer referência à intimidade, vida privada, tampouco capítulo dedicado aos Direitos de Personalidade.^{vii} Verifica-se que há uma forte tendência patrimonialista, tratando o ser humano apenas como indivíduo.

Essa filosofia egocêntrica presidiu, realmente, a elaboração do Código Civil pátrio. Suas disposições se formularam com o objetivo de favorecer e assegurar o exercício dos direitos naturais do homem. A orientação individualista do Código Civil afirma-



se, de modo mais incisivo, na ordenação do direito de propriedade, que também considerou inviolável o sagrado, tal como o fizera com a Declaração dos Direitos, para assegurar a livre disposição dos bens-, que era a pedra angular do novo regime econômico.^{viii}

Importa destacar que Jorge Mosset Iturraspe demonstra de forma clara a diferença entre a pessoa e o indivíduo, na linha do aplicado ao Código Civil de 1916.

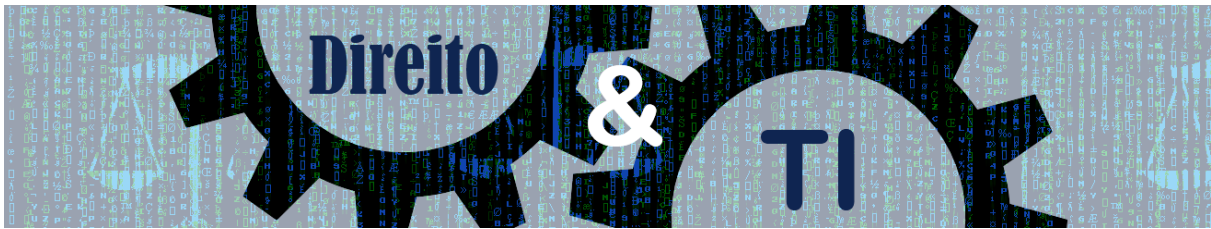
El individualismo utilitarista aparece, entonces, como opción manifiesta; ‘el Derecho mira a los hombres como seres individuales, aislados’ (De Diego) y, además, ‘reconoce como ámbito propio el ámbito del egoísmo’ (Brinz). Y si a ello se suma que se confunde el Derecho con el mercado (Pashukanis, entre muchos otros) y se considera que lo propio de sus normas es ser repartidoras del poder económico, admitiendo lo que ‘se muestra como dado’, natural o propio de las ‘reglas del mercado’, el cuadro queda más o menos completo. Se desconocen, de este modo, los ‘dos principios que actúan en el Derecho: el de personalidad y el de comunidad. [...] Contempla en consecuencia, al ‘hombre aislado’ teniendo básicamente en cuenta su ‘interés individual’, al hombre en abstracto, al ‘individuo’ y no a la ‘persona humana’ concreta y particularizada, al margen de la vida en sociedad, comunitaria y, al menos en principio, desinteresado de ‘bienestar general’^{ix}

Na Constituição de 1934 nasce, em nível constitucional, a expressão “Direitos e Garantias Individuais”, mantendo a inviolabilidade do sigilo de correspondência, a casa como asilo inviolável, bem como às obras literárias, artística e científicas.^x Trata-se de Carta que se compromissa com três correntes de pensamento: os liberais de 1891; os defensores das ideias sociais, como a Constituição de Weimar, de 1919, vinculada ao constitucionalismo social; e uma corrente com viés corporativa e autoritário que se volta à representação profissional de classes econômicas.^{xi}

Na Constituição de 1937, do Estado Novo, dada sua característica autoritária, os direitos se reduzem à “invulnerabilidade do domicílio e da correspondência, salvas as exceções expressas em lei”. Não há mais no texto que a “casa é o asilo inviolável”, demonstrando real retrocesso na área da intimidade e vida privada.^{xii} Uma curiosidade é que a referida Carta não fazia também menção ao termo “democracia”.^{xiii}

A Constituição de 1946 volta a tratar a casa como asilo inviolável^{xiv}, utilizando-se da própria Constituição de 1934 como projeto para a retomada de direitos constitucionalmente garantidos.^{xv} Em 1955, Pontes de Miranda publica o volume 7 do Tratado de Direito Privado, abordando a temática dos “Direitos de Personalidade”,^{xvi} advertindo que, em pleno século XX, “juristas de prol resistiram a tratar a integridade psíquica, a honra e, até a liberdade de pensamento como direitos.”^{xvii} Dessa forma, conceituou direitos de personalidade afirmando que

direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas. O primeiro deles é o da



personalidade em si-mesma, que bem se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registo do nascimento de que lhe vem o nome, que é direito de personalidade após o direito de ter nome, já êsse, a seu turno, posterior, lógicamente, ao direito de personalidade como tal.^{xviii}

Entre as contribuições realizadas afetos ao tema em estudo, Pontes de Miranda reconheceu os direitos à identidade pessoal.

Os direitos à identidade pessoal (nome, fichas dactiloscópicas, retratos e outros meios de comunicação, inclusive testemunhais) são direitos que têm por objeto a aquisição de meios identificativos. Da aquisição desses meios é que surgem os direitos ao nome, o direito a que não se destrua o registo da sua identidade (ligação do nome às fichas tomadas) e o direito a ser respeitada a sentença em que se julgou provada a sua identidade por testemunhas, ou por outros meios de prova.^{xix}

Portanto, trata do que, hodiernamente, evoluiu para o mundo virtual, para os bancos de dados, as imagens, o próprio correio eletrônico. Além disso, de forma peremptória afirmou Pontes de Miranda que

com a morte, cessam os direitos de personalidade. Morto não tem direitos, nem deveres. Pensou-se em construir como direito à honra após a morte a tutela penal e civil contra a calúnia aos mortos (R. Schulz-Schäeffler, *Das subjektive Recht in Gebiet der unerlaubten Handlungen*, 242s): a personalidade projetar-se-ia além da vida.^{xx}

Tema relevante, trazendo uma afirmação definitiva, na sua compreensão, acerca do termo *ad quem* dos direitos de personalidade. Passados doze anos, a Constituição de 1967 trouxe a novidade de que o sigilo de correspondência se estendia também às comunicações telegráficas e telefônicas.^{xxi} O que foi mantido na Emenda Constitucional de 1969.

De tal arte, estes são os antecedentes históricos à Constituição Federal de 1988, e, ao próprio Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014, que cunhou, pela primeira vez, em uma Lei, não em atos infralegais, a expressão literal “privacidade”, no Ordenamento Jurídico Pátrio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição de 1824**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

BRASIL. **Constituição de 1891**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html)

1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acesso em: 28 ago. 2014.



BRASIL. **Constituição de 1934**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

BRASIL. **Constituição de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

GOMES, Orlando. **Direito privado: novos aspectos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1961.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do projeto do código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Como contratar en una economía de mercado**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1996..

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 7.**

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 205-206.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

ⁱ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002b, p. 22-23.

ⁱⁱ BRASIL. **Constituição de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

ⁱⁱⁱ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e constitucionalismo no Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002a, p. 27.

^{iv} TORRES, João Camillo de Oliveira. **A libertação do liberalismo**. Rio de Janeiro: Livraria-Editôra da Casa do Estudante do Brasil, 1949, p. 121.

^v BRASIL. **Constituição de 1891**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

^{vi} GOMES, Orlando. **Direito privado: novos aspectos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1961, p. 120.

^{vii} BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

^{viii} GOMES, op. cit., p. 120-121.

^{ix} MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Como contratar en una economía de mercado**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 30-31; p. 41.

^x BRASIL. **Constituição de 1934**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

^{xi} SOUZA JÚNIOR, 2002b, p. 47.

^{xii} BRASIL. **Constituição de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

^{xiii} SOUZA JÚNIOR, op. cit., p. 53.

^{xiv} BRASIL. **Constituição de 1946**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

^{xv} SOUZA JÚNIOR, 2002b, p. 58.

^{xvi} PONTES DE MIRANDA, 1955, v. 7.

^{xvii} Ibid., p. 5.

^{xviii} PONTES DE MIRANDA, 1955, v. 7, p. 13.

^{xix} Ibid., p. 9-10.

^{xx} Ibid., p. 48.

^{xxi} BRASIL. **Constituição de 1967**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1960-1969/constituicao-1967-24-janeiro-1967-365194-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.