

RALPH WINIKES

**A CONCEPÇÃO DE VIDA PRIVADA E DE INTIMIDADE, ENQUANTO DIREITOS DA
PERSONALIDADE, NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS**

CURITIBA

2010

RALPH WINIKES

**A CONCEPÇÃO DE VIDA PRIVADA E DE INTIMIDADE, ENQUANTO DIREITOS DA
PERSONALIDADE, NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS**

Monografia apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Co-orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

RALPH WINIKES

A CONCEPÇÃO DE VIDA PRIVADA E DE INTIMIDADE, ENQUANTO DIREITOS DA PERSONALIDADE, NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel, no Curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Universidade Federal do Paraná

Co-orientador: _____

Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel
Universidade Federal do Paraná

Prof.^a Marília Pedroso Xavier
Faculdade Metropolitana de Curitiba

Curitiba, 16 de novembro de 2010.

*Aos meus pais, César e Cristiane,
com gratidão
por todo o suporte, amor, carinho, compreensão e confiança*

SUMÁRIO

RESUMO	VII
AGRADECIMENTOS	VIII
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I - Os direitos da personalidade: reflexões acerca da natureza jurídica e da conformação desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro.....	03
1.1 A natureza jurídica dos direitos da personalidade.....	04
1.1.1 A concepção tradicional de direitos da personalidade.....	04
1.1.2 Propostas para a superação da concepção tradicional.....	06
1.2 A conformação dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	08
1.2.1 A opção do legislador brasileiro pela teoria tipificadora dos direitos da personalidade e a necessidade de se reconhecer uma cláusula geral.....	08
1.3 A necessidade de se fixar regimes particulares atinentes a alguns bens da personalidade ao lado da cláusula geral de proteção da personalidade.....	11
1.3.1 A concepção de direito geral de personalidade.....	11
1.3.2 A articulação entre o direito geral de personalidade e os direitos especiais da personalidade.....	13
CAPÍTULO II - O direito à vida privada e o direito à intimidade enquanto direito(s) da personalidade.....	16
2.1 A lógica da diferenciação conceitual.....	18
2.1.1 Construções doutrinárias de diferenciação: a teoria das esferas.....	19
2.1.2 O conteúdo do direito à vida privada e do direito à intimidade.....	24
2.2 Movimento de unificação em torno do conceito de “privacy”	29
2.3 Reflexos na bibliografia brasileira.....	33

CAPÍTULO III – Confusão conceitual: a vida privada e a intimidade na jurisprudência brasileira.....	37
3.1 Reflexos na jurisprudência pátria.....	37
3.2 As peculiaridades do sistema da “common law” americana que justificam a existência da “privacy” enquanto uma cláusula geral de proteção da privacidade.....	41
3.3 Breve análise da recepção jurisprudencial de conceitos abertos como a “privacy” pela jurisprudência brasileira.....	47
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

RESUMO

A evolução dos meios de comunicação tornou mais vulneráveis a intromissões alheias aspectos inerentes à personalidade da pessoa humana. Neste ponto, ganha relevo a discussão acerca da proteção da esfera privada das pessoas, sendo que o(s) direito(s) da personalidade à vida privada e à intimidade merece(m) especial atenção. A principal controvérsia que toca os termos vida privada e intimidade diz respeito à sua conformação, enquanto direitos da personalidade, no direito brasileiro. Apesar de o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 aparentemente diferenciar os referidos conceitos, o tratamento oferecido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátria não é uniforme. A doutrina brasileira se divide entre uma concepção que, apoiada no *discrímen* constitucional e na chamada “teoria das esferas”, entende que vida privada e intimidade são bens jurídicos da personalidade distintos, carecedores de uma disciplina própria, e aquela concepção que, por compreender os referidos termos como sinônimos, postula que estes devem ser tutelados de forma unificada. A jurisprudência pátria também reflete essa indefinição conceitual, mas tende a tratar o direito à vida privada e à intimidade de forma unificada. A constatação da referida tendência dos nossos tribunais evidencia uma aproximação do tratamento oferecido a questões referentes à esfera privada da pessoa na jurisprudência brasileira com o *privacy* americano. O sistema de direito americano, porém, possui uma série de peculiaridades que justificam a utilização de uma cláusula geral única e esgotante para a tutela da vida privada e da intimidade. No Brasil não dispomos dessa estrutura peculiar que marca o sistema de direito norte-americano. Considerando que o *right to privacy*, enquanto uma cláusula geral única de proteção da privacidade, foi pensado e desenvolvido no âmbito da *common law* americana e se mostra adequado às peculiaridades desse sistema, conclui-se que a simples transferência dessa fórmula para o direito brasileiro, sem se observar as características próprias do nosso sistema jurídico, não parece adequada. Assim, a importância que tem a doutrina na criação de novos modelos jurídicos jurisprudenciais, assim como na produção ou revisão de dispositivos legais, imputa-lhe a responsabilidade de realizar uma profunda reflexão com o intuito de superar a relatada confusão conceitual que marca o tratamento do direito à vida privada e à intimidade no Brasil.

Palavras-chave: direitos da personalidade; vida privada; intimidade.

AGRADECIMENTOS

Nessas poucas linhas, gostaria de agradecer a algumas pessoas que contribuíram com o desenvolvimento dessa tarefa.

Primeiramente, gostaria de agradecer ao Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo pela atenciosa orientação e pelo empenho em aproximar os alunos da atividade de pesquisa.

Em segundo lugar, agradeço ao Prof. Dr. José Antônio Peres Gediél pelo apoio de sempre e pelo auxílio nas reflexões que nortearam o presente trabalho.

Por fim, agradeço à namorada Débora, por todo o apoio, ao colega Rodrigo Eduardo Camargo, e também a todos aqueles que, de maneira direta ou indireta, contribuíram com esta empreitada.

INTRODUÇÃO

A pessoa como fundamento das relações civis é uma promissora inclinação para se realizar reflexões no direito civil contemporâneo.¹ Os bens econômicos passam a exercer um papel secundário diante dos suportes fáticos enunciados nas normas jurídicas. Nesta linha de pensamento, Pontes de Miranda já sustentava que no suporte fático de qualquer fato jurídico há, sempre e necessariamente, alguma pessoa.²

Nesse contexto, ganham destaque os chamados direitos da personalidade, os quais podem ser entendidos como “(...) aquela esfera do direito cujo objetivo é tutelar a personalidade humana, para que se lhe evitem prejuízos e propiciando-lhe o desenvolvimento de suas qualidades”.³

Diante do progresso tecno-científico, com a evolução dos meios de comunicação, verifica-se que aspectos inerentes à personalidade da pessoa humana ficam mais vulneráveis a intromissões alheias. Neste ponto, ganha relevo a discussão acerca da proteção da esfera privada das pessoas, sendo que o(s) direito(s) da personalidade à vida privada e à intimidade merece(m) especial atenção.

A principal controvérsia que toca os termos vida privada e intimidade diz respeito à sua conformação, enquanto direitos da personalidade, no direito brasileiro. Apesar de o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 aparentemente diferenciar os referidos conceitos,⁴ o tratamento oferecido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátria não é uniforme.

A doutrina brasileira se divide entre uma concepção que, apoiada no *discrímen* constitucional e na chamada “teoria das esferas”, entende que vida privada e intimidade são bens jurídicos da personalidade distintos, carecedores de uma disciplina própria,⁵ e aquela concepção que, por compreender os referidos termos como sinônimos, postula que estes devem ser tutelados de forma unificada.⁶

¹ Neste sentido, cite-se valiosa obra do Professor Fachin: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. tomo VII, 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 5.

³ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Direitos da Personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver*, p. v.

⁴ Art. 5º, X, CF/88: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁵ Cite-se por todos: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

⁶ Cite-se por todos: DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

A jurisprudência pátria também reflete essa indefinição conceitual, sendo possível encontrar decisões judiciais alinhadas às mais diversas correntes doutrinárias.⁷

No presente trabalho, nos debruçaremos sobre a referida questão, com o intuito de melhor compreendê-la. Para tanto, no primeiro capítulo trataremos dos direitos da personalidade em geral, dando especial enfoque aos aspectos controversos dessa categoria, sobretudo no que diz respeito à relação entre a cláusula geral de proteção da personalidade e os regimes particulares atinentes a alguns bens da personalidade.

No segundo capítulo, abordaremos especificamente o direito à vida privada e à intimidade, analisando as principais teorias desenvolvidas sobre o tema. Observaremos, ainda, o modo como a doutrina brasileira trata o referido direito da personalidade.

No terceiro e último capítulo, analisaremos como a jurisprudência brasileira se posiciona diante da indefinição conceitual que existe entre os termos vida privada e intimidade, e procuraremos compreender os possíveis motivos que podem justificar o posicionamento prevalente nos tribunais brasileiros.

⁷ Conforme observaremos com mais cuidado no ponto 3.1 deste trabalho.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: REFLEXÕES ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA E DA CONFORMAÇÃO DESSES DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A positivação dos direitos da personalidade na Constituição Federal de 1988 veio suprir o vácuo legislativo que deixou o Código Civil de 1916, e consagrou a evolução pela qual passa essa categoria jurídica em nosso país.

O Direito, historicamente preocupado com a proteção de situações do “ter”,⁸ durante muito tempo relegou a um segundo plano a tutela da pessoa em si. A proteção do indivíduo em seu aspecto físico, moral e intelectual, através dos direitos da personalidade, apenas recentemente veio a lume⁹, fato que estimula calorosos debates acerca da correta configuração e dos meios adequados para a tutela dos referidos direitos.¹⁰

Conforme nos explica Castan Tobeñas, apoiado em Gierke e De Cupis, pode-se definir os direitos da personalidade como aqueles que, ao contrário dos direitos patrimoniais, “(...) garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad, o bien aquellos que tienen por objeto los modos de ser, físicos o morales, de la persona”.¹¹

Nesse sentido, Eroulths Cortiano Júnior sustenta que seriam objeto dos direitos da personalidade “(...) os diversos modos de ser, tanto físicos como morais, da pessoa. As projeções e atributos de sua personalidade. Protegendo-se aqueles, protege-se esta. Protegida esta, tem o homem a condição de viver com a necessária dignidade para alcançar suas aspirações”.¹²

Percebemos, portanto, a importância dos referidos direitos e a consequente necessidade de se proceder a uma reflexão séria sobre estes. Deste modo, dedicar-se-á o presente capítulo ao estudo dos direitos da personalidade, com o intuito de embasar a análise que será realizada mais adiante sobre a problemática do direito à vida privada e à intimidade.

⁸ A esse respeito, cite-se o belíssimo trabalho de Jussara Meirelles: MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*, p. 87-114.

⁹ Destaque-se, aqui, a importância de movimentos como o da repersonalização do direito civil: “A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do Direito Civil, não encontra resposta na realidade contemporânea, mais voltada ao ser humano na sua total dimensão ontológica, cujos interesses de cunho pessoal se sobrepõem à mera abstração que o situava como simples pólo de relação jurídica.” MEIRELLES, Jussara. *Obra citada*, p. 111.

¹⁰ Analisamos a referida questão mais profundamente em: WINIKES, Ralph; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. *Aspectos controversos dos direitos da personalidade: as concepções e os meios de tutela*. In: Faculdade de Direito UFPR. *Anais da XI Jornada de Iniciação Científica*, nº 4, 2009, p. 113-124.

¹¹ TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*, p. 7-8.

¹² CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Direitos da Personalidade...*, p. 9.

Assim, preliminarmente estudaremos a natureza jurídica dos direitos da personalidade, confrontando a concepção tradicional desses direitos com propostas que defendem a sua superação, para então analisarmos a conformação dos referidos direitos no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade, devido ao seu caráter não patrimonial, têm por objeto bens integrantes da interioridade da pessoa, isto é, aquilo que é inato à pessoa e deve ser tutelado pelo direito. Justamente pelo fato de serem inerentes à pessoa, caracterizam-se tais direitos como absolutos, intransmissíveis, imprescritíveis, extrapatrimoniais, vitalícios e necessários.¹³

Devido, entre outros fatores, à novidade dos referidos direitos, torna-se bastante controversa a inserção desses em categorias dogmáticas já estabelecidas¹⁴. Atentos a esse fato, apresentaremos a concepção tradicional de direitos da personalidade e algumas propostas que visam à superação dessa concepção.

1.1.1 A CONCEPÇÃO TRADICIONAL: DIREITOS DA PERSONALIDADE ENQUANTO DIREITOS SUBJETIVOS

Boa parcela dos grandes manuais de Direito Civil, ao aventurar-se na difícil tarefa de conceituar os direitos da personalidade, adotam o entendimento tradicional de que estes direitos enquadram-se na categoria jurídica dos direitos subjetivos¹⁵; é de praxe considerá-los um *tipo especial* de direito subjetivo¹⁶.

¹³ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 152.

¹⁴ “Poucos temas jurídicos revelam maiores dificuldades conceituais quanto os direitos da personalidade. De um lado, os avanços da tecnologia e dos agrupamentos urbanos expõem a pessoa humana a novas situações que desafiam o ordenamento jurídico, reclamando disciplina; de outro lado, a doutrina parece buscar paradigmas do passado as bases para as soluções das controvérsias que, geradas na sociedade contemporânea, não se ajustam aos modelos nos quais se pretende enquadrá-las.” TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*, p. 23-24.

¹⁵ Cite-se por todos: SANTORO-PASSARELLI, F. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 30; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, p. 247; CUPIS, Adriano de. *Obra citada*, p. 23.

¹⁶ “(...) é de consenso considerá-los direito subjetivo que tem, como particularidade inata e original, um objeto inerente ao titular, que é a sua própria pessoa, considerada, nos seus aspectos essenciais e constitutivos, pertinente à sua integridade física, moral e intelectual.” AMARAL, Francisco. *Obra citada*, p. 249.

Para compreendermos as conseqüências de se considerar os direitos da personalidade como uma espécie de direito subjetivo precisamos, de um modo bastante breve, analisar a categoria jurídica dos direitos subjetivos.

O direito subjetivo é uma abstração jurídica formulada pela Escola Pandectística Alemã para a proteção de direitos patrimoniais, especialmente o direito de propriedade¹⁷. MOTA PINTO, grande mestre português, leciona que podemos definir direito subjetivo como “(...) o poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (acção) ou negativo (abstenção ou omissão).”¹⁸ Como podemos depreender dessa definição, ao referido direito contrapõe-se um dever jurídico da outra parte (dever de “fazer” ou de “não-fazer”).

Percebe-se que o direito subjetivo, do modo como nos é apresentado, implica na existência de uma relação. Não há direito subjetivo senão no âmbito de uma relação jurídica, isto significa que deve haver ao menos dois sujeitos de direito (sujeito passivo e sujeito ativo), e que deve, também, necessariamente haver um objeto determinado sob o qual incidirá o direito subjetivo.

Do exposto, percebemos que, ao enquadrar os direitos da personalidade na categoria dos direitos subjetivos, ao menos duas situações que decorrem dessa escolha merecem destaque.

A primeira situação diz respeito ao fato de a categoria dos direitos subjetivos ter sido pensada para a proteção de direitos patrimoniais. Ora, ao considerarmos os direitos da personalidade como espécie de direitos subjetivos, tacitamente concordamos que à integridade física, moral e intelectual das pessoas deve ser dada a mesma proteção que é oferecida ao titular de um direito de propriedade ou de crédito, por exemplo.

A segunda situação diz respeito à fixação do objeto do direito subjetivo da personalidade. Os direitos subjetivos patrimoniais têm como titulares pessoas e como objeto bens jurídicos externos ao sujeito. Os direitos subjetivos da personalidade, por sua vez, têm como titulares as pessoas e como objeto a própria pessoa. Tal característica criou um impasse que dividiu a doutrina por muito tempo.¹⁹

¹⁷ DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed., p. 44.

¹⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, p.172. Ainda o mesmo autor nos traz essa reflexão: “Só se nos depara um direito subjectivo quando o exercício do poder jurídico respectivo está dependente da vontade de seu titular. O sujeito do direito subjectivo é livre de o exercer ou não. Por isso o direito subjectivo é uma manifestação e um meio de actuação da autonomia privada.” (p. 169).

¹⁹ “Os autores que primeiramente os admitiram na Alemanha tiveram de vencer a oposição de Savigny, que se insurgia contra a existência de direitos originários, ao considerar falso o princípio de um direito do homem sobre

Essa dificuldade em se conceber a pessoa como titular e, concomitantemente, como objeto de um direito subjetivo da personalidade é referida por Luís Cabral de Moncada que, ao analisar a questão, dispôs:

(...) teríamos de admitir que *sujeito* de tais direitos seria a pessoa na sua totalidade psíquica, e *objecto* as suas diferentes partes consideradas em separado, as suas diferentes posições e atitudes, o seu corpo, a sua vida, as suas faculdades intelectuais e sabe-se lá o que mais. Seria levar longe de mais a abstracção jurídica.²⁰

As duas situações em destaque levaram parte da doutrina²¹ a questionar a concepção tradicional dos direitos da personalidade e a trabalhar no sentido de formular propostas mais adequadas de configuração jurídica desses direitos.

1.1.2 PROPOSTAS PARA A SUPERAÇÃO DA CONCEPÇÃO TRADICIONAL

Um dos primeiros autores que criticou de forma contundente e que apresentou propostas para a superação da concepção tradicional de direitos da personalidade como direitos subjetivos foi Pietro Perlingieri.

Perlingieri afirma que, à matéria dos direitos da personalidade, “(...) *não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do ‘ter’*. Na categoria do ‘ser’ não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica.”²²

O autor entende que a tutela da pessoa deve ser ampla, capaz de proteger o sujeito como um todo. Isso seria possível através de um complexo de situações subjetivas existenciais que tutelariam a personalidade enquanto “*valor fundamental do ordenamento*” e não mero direito. Não haveria um número fechado de hipóteses previstas enquanto direitos subjetivos a serem tutelados, tutelar-se-ia o valor da pessoa (personalidade) sem limites.²³

Na linha do que defende Perlingieri, Danilo Doneda afirma que tutelar a pessoa, valor imprescindível e fundamental do ordenamento, “(...) *através de uma categoria cujo campo*

sua pessoa, o qual conduziria, entre outras conseqüências, a legitimar o suicídio.” GOMES, Orlando. *Obra citada*, p. 169.

²⁰ MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*, p. 74.

²¹ Cite-se por todos: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*.

²² PERLINGIERI, Pietro. *Obra citada*, p. 155.

²³ PERLINGIERI, Pietro. *Obra citada*, p. 155-156.

*tradicional de aplicação é a tutela dos direitos patrimoniais seria, a priori, um fator limitador de sua atuação.”*²⁴

O autor sustenta que devido ao fato de ser pensada para a proteção de situações patrimoniais, a categoria dos direitos subjetivos não é uma “*categoria neutra*”²⁵ e, portanto, é inapropriada para a proteção do valor personalidade.

O professor Eroulths Cortiano Junior também se manifestou criticamente a respeito da concepção tradicional²⁶ e alertou para a necessidade de superá-la.

Destaca-se o trabalho do referido professor, pois apresenta-nos uma nova proposta de superação da concepção tradicional de direitos da personalidade. Segundo Cortiano Junior, o cerne da questão está em garantir à pessoa a possibilidade de afastar de sua esfera privada intrusões prejudiciais, que podem ser cometidas tanto pelo poder político (Estado) quanto por outros particulares (indivíduos).²⁷

Relembra o autor que, tradicionalmente, a expressão liberdade vincula-se à idéia de uma esfera não violável pelo Estado, enquanto a expressão direito subjetivo vincula-se à idéia de poder do indivíduo de fazer valer, em relação com outros particulares, os direitos que lhe são assegurados pelo direito objetivo, como uma esfera não violável por outros particulares.²⁸

Com base nisso, o autor sustenta que:

Uma moderna concepção de direito, que leva em conta seu comprometimento social e a valoração dos aspectos existenciais do homem, não pode abrir mão de fazer reencontrar as noções de liberdade pública e direito subjetivo (o que importa no entendimento dos direitos da personalidade como vinculantes do comportamento tanto do Estado como dos particulares) e, também, de dar uma nova roupagem ao tratamento dos direitos subjetivos.²⁹

²⁴ DONEDA, Danilo. *Obra citada*, p. 45.

²⁵ DONEDA, Danilo. *Obra citada*, p. 44.

²⁶ “*Jogou-se os direitos da personalidade na mesma vala comum daqueles direitos reais e obrigacionais, com poucas modificações. Tratou-se então estes importantes direitos como um terceiro gênero de direito subjetivo, que se classificava como extrapatrimonial, mas absoluto (e, além disso, com outra diferenciação: direitos inatos ao homem).*” CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*, p. 35.

²⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Obra citada*, p. 49.

²⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Obra citada*, p. 48-49.

²⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Obra citada*, p. 49.

Conclui o autor que a dita reunião das noções de direito subjetivo e liberdade pública asseguraria uma ampla proteção à pessoa humana e garantiria os direitos da personalidade como categoria anterior e superior ao Estado³⁰, devendo ser respeitada e garantida por este, portanto.³¹

1.2 A CONFORMAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código Civil Brasileiro de 1916, devido à influência da civilística alemã que não concebia a existência de direitos da personalidade e à ideologia essencialmente patrimonialista que permeava o pensamento jurídico da época, não se preocupou em disciplinar essa categoria de direitos.

Afora o tratamento episódico de alguns poucos direitos da personalidade em leis extravagantes³², a lacuna deixada pelo Código Civil de 1916 somente veio a ser suprida com a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

A inserção dos direitos da personalidade na Constituição de 1988 consagra a evolução pela qual passa tal instituto jurídico. Apesar de a *sedes materiae* de tais direitos ser o Código Civil, a nossa atual Constituição Federal os reconheceu de forma expressa, principalmente em seu artigo 5º, inciso X, que assim dispõe: "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;"³³.

O Código Civil de 2002, apesar de cotejar os referidos direitos, em termos gerais não trouxe relevantes inovações em relação à tutela que já era oferecida pela Constituição.

1.2.1 A OPÇÃO DO LEGISLADOR BRASILEIRO PELA TEORIA TIIFICADORA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A NECESSIDADE DE SE RECONHECER UMA CLÁUSULA GERAL

³⁰ José Antônio Peres Gediél, ao analisar o direito à integridade física, demonstra partilhar dessa posição: "*Sob a ótica do direito subjetivo, direito à integridade física significa que o titular detém um poder de oposição em relação aos demais sujeitos, para os quais resulta o dever negativo de não realizar ações lesivas em relação ao corpo de outrem. A par disso, atribui deveres especiais de proteção que recaem sobre seu titular e sobre o Estado.*" GEDIÉL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*, p. 82.

³¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos...*, p. 50.

³² Por exemplo: Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973 que regula os direitos de autor (tanto patrimoniais quanto morais).

³³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988), 5 out. 1988.

Analisando o disposto em nossa Constituição e em nosso Código Civil vigente, percebemos que o legislador, na linha da teoria tipificadora capitaneada por Adriano de Cupis³⁴, optou por uma proteção estratificada ao disciplinar alguns direitos especiais da personalidade.

Ao contrário do que ocorre em Portugal e na Alemanha³⁵, inexistente em nossa Lei Maior uma cláusula geral expressa que ofereça uma tutela geral da personalidade humana, situação que provoca, até os dias atuais, grande reflexão por parte dos pensadores pátrios.

O “direito geral de personalidade” é uma criação alemã do segundo pós-guerra que, devido à traumática experiência do nazismo, visava complementar a limitada tutela oferecida pelos direitos especiais da personalidade previstos no BGB.³⁶ A idéia de um direito geral de personalidade já era defendida por Otto Von Gierke no fim do século XIX, mas foi só com a positivação da intangibilidade da dignidade humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade nos artigos 1º e 2º da Lei Fundamental de Bonn (1949), que consagrou-se uma cláusula geral de proteção da personalidade no Direito Alemão.³⁷

O desenvolvimento doutrinário e legislativo alemão acerca do referido tema influenciou o Direito Português, que também reconheceu o direito geral de personalidade³⁸. Os fundamentos legais desse reconhecimento aparecem no art. 26, nº 1, da Constituição da República Portuguesa – que garante o direito ao desenvolvimento da personalidade –, e no art. 70º, nº 1, do Código de Seabra (1966) que assim dispõe: “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”³⁹.

Apesar de, como ressaltado, não existir no ordenamento jurídico pátrio um dispositivo equivalente ao acima citado, parte da doutrina nacional tem trabalhado para demonstrar a existência de um direito geral de personalidade, ainda que não expresso.

Nesse sentido, é notável a contribuição dos professores Francisco Muniz e José Lamartine Corrêa de Oliveira, que já no início da década de 1980 alertavam para a

³⁴ Os estudos desenvolvidos pelo autor são no sentido de uma proteção específica para cada um dos direitos especiais da personalidade. (CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*).

³⁵ O “direito geral de personalidade” aparece expresso na previsão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, positivado no art. 26, nº 1 da Constituição da República Portuguesa, e no art. 2, parágrafo 1 da Lei Fundamental de Bonn.

³⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral*, tomo III, p. 44-46; 80.

³⁷ MOTA PINTO, Paulo. *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes entre o público e o privado*, p. 69-70.

³⁸ “Em Portugal, pelo menos desde o Código Civil de 1966 os direitos de personalidade, e também o direito geral de personalidade, são reconhecidos em geral, quase sem vozes discordantes.” ³⁸ MOTA PINTO, Paulo. *Obra citada*, p. 71.

³⁹ PORTUGAL, Código Civil (1966), 25 nov. 1966.

insuficiência de uma proteção fracionada de direitos da personalidade e para a necessidade de se reconhecer, também, uma tutela geral da personalidade⁴⁰.

Destaque-se, ainda, o trabalho do professor Elimar Szaniawski, para o qual o princípio da dignidade da pessoa humana, que seria “*uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo*”⁴¹, ao ser consagrado em nossa Constituição, conformou-se numa cláusula geral de proteção da personalidade, tal qual aquelas existentes nos Direitos Alemão e Português.

Gustavo Tepedino, que em termos substanciais comunga da tese defendida pelo professor Elimar Szaniawski, sustenta que a configuração da cláusula geral “brasileira” de proteção da personalidade se dá nos seguintes termos:

(...) a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento.⁴²

Com efeito, o referido posicionamento – que postula a existência de uma cláusula geral de proteção da personalidade no Direito brasileiro – se tornou voz corrente na doutrina brasileira.⁴³ Deste modo, o foco de análise das reflexões atuais a respeito do tema deve deixar de ser a existência ou não de um direito geral de personalidade no Direito brasileiro, pois a referida questão já parece superada.

Questão que merece maior atenção no contexto atual é aquela que diz respeito à correta interpretação e aplicação da referida cláusula geral. É importante analisar o modo

⁴⁰ “A tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda problemática. Dessa primeira lição pode ser extraído o corolário da extrema dificuldade de uma adequada tutela jurisdicional da personalidade humana sem a introdução, no Direito legislado, de uma cláusula geral apta a, através da concreção, fornecer a base de uma jurisprudência coerente, mas suficientemente sensível para a solução das mais variadas hipóteses de lesão aos direitos da personalidade.” MUNIZ, Francisco; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *O Estado de Direito e os direitos da personalidade*. In: *Revista dos tribunais*, v. 532, p. 14.

⁴¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 137.

⁴² TEPEDINO, Gustavo. *Obra citada*, p. 48.

⁴³ Cite-se por todos: SZANIAWSKI, Elimar. *Obra citada*, p. 137; CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Direitos da personalidade...*, p. 17-20.

como a referida cláusula se apresenta e qual é o seu comportamento em relação aos direitos especiais da personalidade previstos em nosso ordenamento.

1.3 O SENTIDO DA CLÁUSULA GERAL DE PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE E SUA RELAÇÃO COM REGIMES PARTICULARES ATINENTES A ALGUNS BENS DA PERSONALIDADE

O reconhecimento, pelo Direito brasileiro, da existência de uma cláusula geral de proteção da personalidade era fato que se impunha devido às limitações que uma interpretação restritiva dos direitos especiais da personalidade poderia trazer à tutela da personalidade humana.

A idéia de um direito geral de personalidade, capaz de possibilitar uma ampliação da tutela dos bens da personalidade, conforme referido acima, foi reconhecida em nosso sistema jurídico, tanto doutrinariamente como jurisprudencialmente.⁴⁴

Devido à forma como a cláusula geral de proteção da personalidade conformou-se no Direito brasileiro há, hoje, uma imprecisão no que concerne ao seu sentido e ao seu modo de atuação. Conforme vimos *supra*, a doutrina despendeu muito esforço para demonstrar a necessidade e a possibilidade jurídica de se reconhecer um direito geral de personalidade “brasileiro”. Assim, a análise de como atuaria essa cláusula geral acabou ficando em segundo plano.

Faz-se necessário precisar o sentido que assume o direito geral de personalidade “brasileiro” para garantir que este atue conforme idealizavam seus defensores, ou seja, apenas para oferecer uma tutela mais ampla do que aquela que já era oferecida aos bens da personalidade. Conforme veremos adiante, a imprecisão hoje existente pode levar a interpretações que, no intuito de construir uma proteção ampla, podem colocar em risco, até mesmo, a tutela garantida de forma estratificada pelos direitos especiais da personalidade.

1.3.1 A CONCEPÇÃO DE DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

A doutrina não é uníssona no que diz respeito à concepção de direito geral de personalidade. Mesmo na Alemanha, onde se desenvolveu a idéia, há diferentes formas de se

⁴⁴ Dentre os julgados que fazem menção expressa ao “direito geral de personalidade” ou à “cláusula geral de tutela da personalidade, podemos citar: REsp 1000356 SP – Relatora: Ministra Nancy Andrighi (julgado em 25/05/2010); TJ/PR - Apelação Cível nº 572.710-0; TJ/RJ – Apelação 2009.001.44054.

conceber o referido direito geral. Aqui, nos concentraremos nas duas concepções que se mostram como principais.

Paulo Mota Pinto nos explica que uma das concepções de direito geral de personalidade é aquela que o concebe como um único e esgotante direito de personalidade, que prescindiria da existência de direitos da personalidade autônomos e particulares.⁴⁵ O direito geral assim concebido seria bastante em si mesmo, ou seja, por si só seria capaz de oferecer uma tutela ampla e adequada à personalidade da pessoa.

Devido ao fato de tratar-se de uma cláusula geral, o direito geral de personalidade carece de uma concretização através de um processo de valoração e ponderação de interesses e bens da personalidade em conflito no caso concreto.⁴⁶ Esse procedimento de concretização da cláusula geral se dá através da interpretação judicial de cada caso concreto, sendo atribuídos aos juízes amplos poderes normativos.

Levando isso em conta, e considerando a cultura jurídica brasileira (que estudaremos com mais afinco adiante), conceber o direito geral de personalidade como um direito único e esgotante parece inadequado e perigoso, pois no intuito de se proporcionar a tutela mais ampla possível à pessoa, coloca-se em risco até mesmo aqueles direitos tipicamente assegurados pelo ordenamento brasileiro.

A segunda concepção de direito geral de personalidade é aquela que o concebe como um “direito matriz ou direito fundante”⁴⁷, do qual decorreriam direitos especiais da personalidade relativamente autônomos (verdadeiras concretizações particulares da cláusula geral de personalidade), que coexistiriam com aquele.⁴⁸

Karl Larenz, catedrático da Universidade de Munique, ao discorrer sobre o direito geral de personalidade, parece adotar a referida concepção: “(...) el derecho general de la personalidad, en cuanto derecho al respeto que se ha de atribuir a todo individuo como persona, es el fundamento de todos los derechos especiales de la personalidad, que pueden considerarse como desdoblamiento de aquél.”⁴⁹

Para Paulo Mota Pinto, o direito geral de personalidade concebido nesses termos

teria como objecto a personalidade humana em todas as suas manifestações, actuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis, e tutelaria a sua livre

⁴⁵ MOTA PINTO, Paulo. *Obra citada*, p. 72.

⁴⁶ MOTA PINTO, Paulo. *Obra citada*, p. 72-73.

⁴⁷ CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica*, p. 185.

⁴⁸ MOTA PINTO, Paulo. *Obra citada*, p. 67-68.

⁴⁹ LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*, p.164.

realização e desenvolvimento, sendo o ‘princípio superior de constituição’ dos direitos que se referem a particulares modos de ser da personalidade.⁵⁰

A referida concepção, portanto, se apresenta como mais adequada, pois consegue proporcionar uma tutela aberta, capaz de fazer frente às novas possibilidades de ameaças à pessoa que surgem no mundo contemporâneo (tal como idealizavam os defensores do referido direito geral), ao mesmo tempo em que não coloca em risco as garantias fornecidas pelos direitos especiais da personalidade, tipificados em nosso ordenamento.

1.3.2 A ARTICULAÇÃO ENTRE O DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE E OS DIREITOS ESPECIAIS DA PERSONALIDADE

Visto que se mostra mais adequada a concepção que trata o direito geral de personalidade como “direito matriz” ou “direito fundante”, no qual se enraizariam os direitos tipificados da personalidade, pertinente é a constatação do Professor Elimar Szaniawski, para quem nosso ordenamento jurídico, no que diz respeito à proteção da personalidade, adotou um sistema misto: convivem e aplicam-se harmonicamente um direito geral de proteção da personalidade humana e direitos especiais da personalidade.⁵¹

A crítica doutrinária substancial em relação à tipificação dos direitos da personalidade corresponde ao fracionamento tendente ao infinito, a fim de se proteger todos os aspectos da personalidade humana, o que, além da impossibilidade material, promoveria insegurança jurídica. O inconveniente das lacunas legislativas, resultantes do fracionamento e tipificação dos direitos de personalidade deve ser sanado, portanto, pela aplicação da cláusula geral de promoção da personalidade humana, que garante a tutela de todas as situações, previstas ou não em texto legal, em que haja violação ou ameaça à pessoa.

Desta feita, percebe-se que o direito geral de personalidade irá atuar de forma subsidiária: suprindo aquelas situações que transbordem o âmbito de tutela oferecido pelo direito especial da personalidade em questão no caso concreto, ou quando tratar-se de violação ou ameaça atípica à personalidade.

Ao analisar esta situação, Karl Larenz, de um modo muito claro, elucida a questão:

⁵⁰ MOTA PINTO, Paulo. *Obra citada*, p. 68

⁵¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Obra citada*, p. 137.

En la aplicación del Derecho tienen preferencia los derechos especiales de la personalidad en tanto en cuanto, si ya existe una violación de un derecho especial de la personalidad no sea preciso retrotraerse al derecho general de personalidad con sus límites difícilmente determinables. (...) Si en un caso particular no se ha lesionado ningún derecho especial de personalidad, queda por examinar si existe una violación del derecho general de la personalidad, lo cuál sólo puede efectuarse tomando en consideración la configuración especial del caso y los intereses entran en juego.⁵²

Ciente deste fato, Rabindranath Capelo de Sousa observa que a positivação de alguns direitos especiais da personalidade solidifica a estrutura, bem como fixa os limites do objeto e a atuação do direito geral de personalidade.⁵³ Por sua vez, o Professor Elimar Szaniawski pondera que:

(...) existem determinados direitos que compõem a personalidade humana que merecem especial atenção por razões de política legislativa, procurando o legislador trazer determinadas espécies de direitos de personalidade, tipificando-as em lei, a fim de dar regulamentação específica e garantir sua tutela expressamente.⁵⁴

Percebe-se, portanto, a necessidade de se fixarem regimes particulares atinentes a alguns bens da personalidade ao lado da cláusula geral de proteção da pessoa. A tipificação em lei de alguns direitos especiais da personalidade não deve ser encarada como uma tentativa de engessamento do sistema de proteção da personalidade, tampouco como uma pretensão positivista de prever e regulamentar todos os aspectos da personalidade humana.

A garantia expressa de alguns direitos particulares da personalidade no ordenamento jurídico consubstancia um “mínimo inviolável”, que atuará no sentido de impedir que o direito geral de personalidade – devido ao fato de se tratar de uma cláusula geral –, no intuito de ampliar a tutela à pessoa, acabe por torná-la mais tímida.

A fixação desse mínimo inviolável de direitos especiais da personalidade garante que a cláusula geral atue apenas com o fito de oferecer uma tutela mais ampla à personalidade: suprimindo as lacunas decorrentes da previsão fracionada dos direitos especiais, e

⁵² LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*, p.164-165.

⁵³ CAPELO DE SOUSA, R. V. A. *O direito geral de personalidade*, p.82.

⁵⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Obra citada*, p. 128.

complementando a proteção quando a tutela oferecida por um dos referidos direitos mostrar-se insuficiente.

Tendo isso em vista, faz-se necessária neste momento a transcrição de um trecho da lavra de Rabindranath Capelo de Sousa, responsável pelo desenvolvimento de um dos trabalhos mais importantes e densos sobre o tema em tela, que em algumas frases esclarece a articulação entre o direito geral de personalidade e os direitos especiais da personalidade:

Tratando-se da coexistência normativa do direito geral de personalidade com um ou vários direitos especiais de personalidade legais, há então, (...) uma autêntica relação de *lex generalis – leges speciales*, mas a regulação especial ou as regulações especiais antepõem-se à regulação geral em tudo o que nelas estiver especificamente previsto. Pelo que, na hipótese de um acto assumir ou violar uma zona da personalidade coberta inteiramente no seu objecto por um único direito especial legal de personalidade não se verifica qualquer concurso de conseqüências jurídicas e haverá uma só pretensão jurídica, fundada, em primeira linha, nesse direito especial e, só subsidiariamente, no direito geral de personalidade.⁵⁵

No que se refere a esse debate, Perlingieri trata a questão com lucidez: “O fato de a personalidade ser considerada como valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes (...)”⁵⁶

Portanto, impõe-se o reconhecimento da operabilidade dos direitos especiais ao lado da cláusula geral, com o intuito de se efetivar uma tutela ampla à pessoa humana.⁵⁷

⁵⁵ CAPELO DE SOUSA, R. V. A. *Obra citada*, p. 574.

⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.765.

⁵⁷ Vale pontuar que, conforme nos demonstra Menezes Cordeiro, na Alemanha, o direito geral de personalidade se encontra tecnicamente em regressão, cumprindo apenas um papel de sistematização no âmbito do direito positivado de personalidade. A doutrina alemã, apoiada principalmente em Canaris, tem optado por sistemas mais operacionais, como aquele da definição de âmbitos de proteção, baseado na concretização do direito de personalidade (CORDEIRO, António Menezes. *Obra citada*, p. 47-48 e 80-81). Assim, defender a idéia de um direito geral de personalidade único e esgotante seria caminhar na contramão do fluxo ditado pela tendência que atualmente se mostra mais adequada no que diz respeito à tutela da pessoa.

2 O DIREITO À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE ENQUANTO DIREITO(S) DA PERSONALIDADE

Vida privada e intimidade são conceitos que, ao menos no campo do direito, carregam consigo uma grande controvérsia⁵⁸. É difícil conceituá-los, é difícil conceber se são figuras autônomas ou interdependentes, assim como é difícil, e até mesmo desaconselhável na opinião de alguns⁵⁹, delimitar precisamente os bens jurídicos contemplados nessas espécies.

O desenvolvimento tecno-científico, notadamente a partir de meados do século XX, trouxe, de modo indubitável, facilidades para o cotidiano da civilização pós-moderna. No entanto, a partir do progresso tecnológico dos meios de comunicação, de entretenimento e de informação, verificou-se um profundo impacto em inúmeros setores da sociedade, principalmente no que tange aos aspectos inerentes à personalidade da pessoa humana.

O referido progresso provoca o surgimento de um sem número de violações legais e discussões jurídicas, o que suscita uma resposta do Direito para os problemas gerados. Desse modo, constata-se que essa evolução dos instrumentos midiáticos estabelece certo desequilíbrio no convívio social e, assim sendo, cabe ao Estado de Direito garantir a coesão harmônica da sociedade, a qual clama pela solução de conflitos decorrentes da vida social.

Os aspectos da integridade moral dos direitos da personalidade tais como a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade sofrem, constantemente, intromissões alheias. Nesse sentido, a tecnologia trouxe consigo forças para tornar a vida particular das pessoas facilmente devassável.

Nesse sentido RODOTÀ sustenta que “(...) ao lado da percepção, cada vez maior, dos riscos do progresso tecnológico, está a consciência da impossibilidade de deter tal progresso, mesmo se este não se apresenta mais com prognósticos somente positivos.”⁶⁰ Vale ainda destacar a seguinte passagem deste ilustre autor:

Por vezes, aliás, tem-se a sensação de que cresce a distância entre o velocíssimo mundo da inovação tecnológica e aquele lentíssimo

⁵⁸ “Nella materia dei diritti della personalità i problemi più delicati riguardano proprio la tutela del riserbo.” (RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato Italiano*, p. 204).

⁵⁹ Cite-se por todos, o Professor René Ariel Dotti: “A mobilidade e a extensão do bem jurídico protegido, ou seja, a liberdade através do isolamento, não permitem e nem recomendam a formulação de um conceito definitivo, mesmo porque não é possível estabelecer os limites físicos e espirituais dos ambientes de privacidade.” (DOTTI, René Ariel. *A liberdade e o direito à intimidade*, p. 137).

⁶⁰ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, p. 41-42.

planejamento sócio-institucional. Com muita frequência se percebe a rápida obsolescência das soluções jurídicas que se referem a um único e isolado dado técnico ou problema. Adverte-se desta forma para a necessidade de individualizar princípios, de associá-los a tendências de longo prazo.⁶¹

Torna-se claro que a vida privada e a intimidade, no mundo contemporâneo, caracterizado pelo avanço tecnológico, são bens jurídicos que estão sob constante ameaça, carecendo, portanto, de uma tutela adequada e efetiva.

Saliente-se que os referidos bens jurídicos são atributos da pessoa e, por isso, têm valor social. Assim sendo, o direito à vida privada e à intimidade está inserido no rol dos direitos da personalidade, merecendo especial atenção do Direito.

O direito à vida privada e à intimidade, visto de um modo global, aparece consagrado em diversos dispositivos legais, tanto no plano nacional quanto no âmbito internacional.

No plano internacional podemos citar como exemplo o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que assim dispõe: “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”⁶²

No que concerne ao plano nacional, sabemos que o Código Civil de 1916 não disciplinou a categoria dos direitos da personalidade, razão pela qual a Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) foi o primeiro instrumento legislativo à tutelar de forma expressa, ainda que reflexamente, o direito à vida privada e à intimidade em nosso ordenamento jurídico.⁶³

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, garantiu o direito à vida privada e à intimidade como direito fundamental. Em seu artigo 5º, X, o texto constitucional afirmou como “(...) 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”.

⁶¹ RODOTÀ, Stefano. Obra citada, p. 41-42.

⁶² http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php, acessado em 05/08/2010. Ainda no plano internacional, cite-se o art. 8º da Convenção Européia de Direitos do Homem (em vigor desde 01 de junho de 2010): “Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

⁶³ A referência ao direito à vida privada e à intimidade se dá no art. 49, § 1º da referida Lei: “Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público.”

Registre-se que é principalmente com base nesse dispositivo, que aparentemente apresenta a vida privada e a intimidade como bens jurídicos autônomos, que se sustenta uma pretensa diferenciação entre o direito à vida privada e o direito à intimidade no ordenamento pátrio.

Ainda no direito brasileiro, o direito à vida privada e à intimidade foi reconhecido, enquanto direito da personalidade, pelos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002. O citado artigo 21 assim dispõe: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Visto que o direito à vida privada e à intimidade encontra guardada em diversas normas legais (inclusive no texto constitucional), se faz necessária uma análise acerca das interpretações que se desenvolvem a respeito do referido direito.

A inexistência de um consenso a respeito da conceituação de direito à vida privada e à intimidade, sobretudo no âmbito internacional, parece ser reflexo das diferenças culturais e históricas que existem entre os povos. Como bem aponta o Professor Szaniawski, “Enquanto que em alguns países, determinado comportamento de alguém possa constituir grave ofensa ao respeito à vida privada de outrem, em outros, o mesmo comportamento é tolerado como normal”.⁶⁴

Essa falta de consenso reflete-se numa diversidade de tratamentos da questão. No presente trabalho, analisaremos as duas correntes ideológicas que parecem exercer maior influência no pensamento jurídico brasileiro: aquela que entende a vida privada e a intimidade enquanto bens jurídicos da personalidade distintos, dignos de tutela específica, e aquela que concebe os termos vida privada e intimidade como sinônimos.

2.1 A LÓGICA DA DIFERENCIAÇÃO CONCEITUAL

As primeiras construções de distinção entre o direito à vida privada e o direito à intimidade remontam à jurisprudência francesa que, em meados do século XIX, reconheceu a intimidade como uma esfera mais restrita que o direito à vida privada, nela ninguém podendo penetrar sem expresso consentimento.⁶⁵

⁶⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Obra citada*, p. 289.

⁶⁵ Conforme explica o Professor Elimar, foi no caso *Rachel*, julgado pelo Tribunal do Sena em 1858 que pela primeira vez se “reconheceu a existência de uma esfera íntima, ou de um círculo mais restrito do direito à vida privada (...), na qual ninguém pode penetrar sem expresso consentimento.” (SZANIAWSKI, Elimar. *Obra citada*, p. 322).

Longe de tratar-se de um preciosismo ou de uma concepção com importância meramente teórica, a lógica que distingue o direito à vida privada e o direito à intimidade encontra aplicação prática e é defendida por diversos autores.

Como exemplo da importância prática da referida distinção, podemos refletir a respeito de, ao menos, duas situações.

A primeira diz respeito à privacidade de pessoas públicas (famosas), a qual colide com o princípio da liberdade de informação⁶⁶. A vida privada dessas pessoas sofre intromissões legítimas, decorrentes do interesse público que envolve a sua posição perante a sociedade. No entanto, até mesmo essas pessoas têm direito a uma esfera reservada e inviolável, correspondente à intimidade.⁶⁷ Considerar o direito à vida privada e à intimidade como um direito uno, uniforme e sem gradações poderia implicar numa devassa indiscriminada de suas vidas, não sobrando qualquer espaço de privacidade.

A segunda situação refere-se à positivação da vida privada e da intimidade enquanto direitos fundamentais autônomos no artigo 5º, X, da Carta Constitucional de 1988. Da forma como estão dispostos em nossa Constituição, os referidos direitos são normas de eficácia plena.⁶⁸ Deixar de caracterizar o direito à intimidade, ou simplesmente tratá-lo como sinônimo de direito à vida privada, seria negar efetividade a uma norma constitucional, implicaria na impossibilidade de tutelar o referido direito.

Visto que há fundamentos para se sustentar uma lógica de diferenciação dos direitos em tela, passemos a analisá-la.

2.1.1 CONSTRUÇÕES DOUTRINÁRIAS DE DIFERENCIAÇÃO: A TEORIA DAS ESFERAS

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, X, garante como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Ao analisar o referido dispositivo, José Afonso da Silva afirma que a intimidade foi considerada um direito diverso do direito à

⁶⁶ Rescigno analisa a colisão entre os referidos princípios: “Con l’interesse dell’individuo alla protezione della sfera privata può venire in conflitto l’altrui libertà di manifestazione del pensiero, libertà che comprende l’apprezzamento, la valutazione, la critica de idee e fatti.” (RESCIGNO, Pietro. *Obra citada*, p. 204-205)

⁶⁷ A respeito: “A esfera privada de tais políticos ou celebridades não desaparece: e, sobretudo, nunca ao ponto de atingir as esferas secreta e íntima. Mas pode ser fortemente suprimida, sem que se possa falar de atentado à privacidade.” (CORDEIRO, António Menezes. *Obra citada*, p. 211-212)

⁶⁸ Neste sentido: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 88 e ss.

vida privada, à honra e à imagem.⁶⁹ Portanto, parece ter optado o legislador constituinte por uma teoria que entende como distintas a vida privada e a intimidade.

Ao falar-se em construções doutrinárias de diferenciação entre direito à vida privada e direito à intimidade, clássica é a chamada “teoria das esferas”, que “(...) se funda no fato de que a sociabilidade da pessoa deve servir de limitação à sua liberdade individual, devendo a intensidade da tutela jurídica da personalidade ser inversamente proporcional à sociabilidade do seu comportamento em questão”.⁷⁰

A referida teoria foi desenvolvida pela doutrina alemã, e caracteriza-se por classificar a personalidade humana em esferas concêntricas, dentro das quais ela se desenvolveria. A denominação e a quantidade das referidas esferas variam conforme o autor adotado. Vejamos alguns exemplos.

Um dos primeiros e principais idealizadores da teoria ora analisada é Heinrich Hubmann, que na sua obra *Das Persönlichkeitsrecht*, cuja primeira edição é datada de 1953,⁷¹ distribuiu a personalidade humana em três esferas concêntricas. A primeira e mais restrita dessas esferas seria a esfera secreta (*Geheimnisphäre*), a qual englobaria situações restritas à própria pessoa, ou a um círculo limitadíssimo de pessoas próximas. A segunda seria a esfera privada (*Privatsphäre*), que seria mais ampla que a anterior. A última e mais ampla esfera na qual se desenvolve a personalidade da pessoa seria a esfera individual, que abarcaria a pessoa na sua unicidade e identidade.⁷²

Henkel, em posicionamento semelhante ao de Hubmann, classifica a personalidade humana em, também, três esferas (em grau decrescente de proteção): esfera do segredo, esfera da intimidade e esfera privada.⁷³ A diferença entre as propostas dos referidos autores é só de nomenclatura, sendo que a amplitude de cada uma das esferas (da mais restrita até a mais larga), é praticamente a mesma.

O Professor Szaniawski, ao analisar jurisprudência alemã entende que, de fato, esta está edificada sobre a teoria das esferas. O referido autor sustenta, porém, que a mais restrita das esferas seria a esfera íntima, seguida da esfera secreta e, por fim, da esfera privada (a mais ampla).

A mais estreita delas, a esfera íntima (*intimsphäre*), na visão do autor:

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 202.

⁷⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, p. 254.

⁷¹ *Apud* CORDEIRO, António Menezes. *Obra citada*, p. 200.

⁷² SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 255.

⁷³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 255.

(...) consiste na proteção dos indivíduos na sua própria pessoa, constitui o âmbito da vida no qual o indivíduo pode manter-se em total segredo diante da coletividade. A esfera íntima protege a pessoa inteiramente, ficando a mesma intocável aos olhos e ouvidos do público. A proteção da esfera íntima, segundo o direito geral de personalidade, dá-se em grau absoluto.⁷⁴

A segunda das referidas esferas seria a esfera secreta,⁷⁵ a qual é mais ampla do que a esfera íntima, fato que ocorre porque na esfera secreta estão inseridos indivíduos que conhecem e participam de determinados segredos da pessoa (como familiares e pessoas “próximas”).⁷⁶

A última e mais ampla das esferas dessa sistematização seria a esfera privada. Da esfera privada participam mais pessoas, mais pessoas conhecem da vida privada da pessoa (sem, no entanto conhecer de seus segredos ou de sua intimidade). Apenas a coletividade que não tenha contato com a vida da pessoa fica de fora dessa esfera.⁷⁷

Ainda a respeito das variações de denominação e de quantidade de esferas, Menezes Cordeiro, apoiado em Daniela Oslander, apresenta-nos um esquema que foge um pouco do padrão de três esferas. Assim, teríamos, em ordem decrescente de amplitude (e, conseqüentemente, em ordem crescente de proteção):

(...) uma esfera pública (própria de políticos, actores, desportistas ou outras celebridades, ela implicaria uma área de condutas propositadamente acessível ao público, independentemente de concretas autorizações); uma esfera individual-social (reporta-se ao relacionamento social normal que as pessoas estabelecem com amigos, colegas e conhecidos); uma esfera privada (tem a ver com a vida privada comum da pessoa: apenas acessível ao círculo da família ou dos amigos mais estreitos, equiparáveis a familiares); uma esfera secreta (abrange o âmbito que o próprio tenha decidido não revelar a ninguém; desde o momento em que ele observe a discrição compatível com tal decisão, esta esfera tem absoluta tutela); uma esfera íntima (reporta-se à vida sentimental ou familiar no sentido mais estrito – cônjuge e filhos –; tem uma tutela absoluta, independentemente de

⁷⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Obra citada*, p. 357.

⁷⁵ Devido ao recorte temático de nosso trabalho, não analisaremos em profundidade a “esfera secreta”.

⁷⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Obra citada*, p. 360.

⁷⁷ “Nessa esfera localizam-se as proibições de divulgação de fatos cujo conhecimento pertence a um determinado círculo de pessoas que não participem obrigatoriamente da vida do indivíduo e que conheçam os seus segredos.” (SZANIAWSKI, Elimar. *Obra citada*, p. 360).

quaisquer prévias decisões, nesse sentido, do titular considerado; elas são dispensáveis).⁷⁸

Apesar de, como vimos, existirem várias formas de se classificar a personalidade humana conforme a teoria das esferas, sendo flagrante a existência de diversas construções doutrinárias que divergem ora a respeito da denominação, ora acerca da quantidade de esferas, podemos perceber que todas essas construções são pautadas por um objetivo comum, qual seja: garantir à pessoa uma esfera mínima inviolável, na qual a pessoa é absolutamente livre⁷⁹ e não está sujeita a interferências de qualquer ordem.

Sensível a essa constatação, José Adércio Leite Sampaio⁸⁰ propôs uma classificação das esferas da personalidade que nos pareceu bastante coerente, pois, a despeito de ficar presa a questões terminológicas ou quantitativas, apresenta um apanhado geral das construções doutrinárias analisadas acima, transmitindo-nos a idéia base da teoria das esferas.

O referido autor afirma que da análise doutrinária da presente teoria podemos decantar a existência de três camadas da personalidade: *esfera mais interna, esfera da vida privada, e esferas sociais e públicas*.⁸¹

A esfera mais interna corresponde àquilo que estamos tratando como intimidade no presente trabalho. Seria a esfera mais restrita, aquela que, nas palavras do autor, seria “(...) o âmbito do ser isolado; alguns doutrinadores, contudo, passaram a estendê-la às relações com um número limitado de pessoas, imediatamente relacionadas”.⁸² O autor ainda se vale da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE) para evidenciar o caráter intangível da presente esfera.⁸³

A esfera da vida privada, sendo mais ampla que a anterior, nas palavras do autor:

É formada por grupos sociais bem delimitados, dos quais o indivíduo participa: a família, os parentes, os amigos, os colegas, os colaboradores. Os assuntos, as notícias, as cenas que envolvam a pessoa em tais grupamentos devem, em princípio, ficar alheios aos interesses de outras pessoas, grupos sociais ou Estado. Nessa esfera sublinha-se a necessidade de um “estrito

⁷⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Obra citada*, p. 200.

⁷⁹ Explica Pontes de Miranda que o direito à intimidade encontra seu fundamento no direito à liberdade (PONTES DE MIRANDA. *Obra citada*, p. 123).

⁸⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 254-259.

⁸¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 256.

⁸² SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 256-257.

⁸³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 256.

respeito do mandato de proporcionalidade”, para que se promova alguma restrição em seu âmbito de proteção.⁸⁴

Por fim, as esferas sociais e públicas são aquelas que englobam tudo aquilo que não faz parte da esfera da vida privada, com destaque para o campo de atuação política e social da pessoa.⁸⁵

O Professor Szaniawski nos mostra que o Tribunal Federal Constitucional Alemão (BVerfGE) aplica as referidas teorizações de em seus julgados, sendo que a esfera individual das pessoas é dividida pelo referido Tribunal conforme a intensidade da defesa que demanda (quanto mais restrita a esfera, mais intensa deve ser a defesa). Assim:

O Tribunal Federal Constitucional distingue, na prática, a esfera íntima da esfera privada, por não possuir esta última um grau absoluto de proteção assim como o possui a primeira. Em certas circunstâncias, pode, no âmbito da esfera privada, ocorrer um sacrifício da proteção da personalidade de um indivíduo em nome dos elevados interesses de informação pública da coletividade, ocorrendo uma ponderação necessária entre a indisponibilidade da personalidade humana de um lado, e o interesse público à informação, do outro. À medida que dará a preponderância de um ou de outro desses dois interesses, repousa na legalidade ou na ilegalidade dos meios de obtenção da informação fornecida.⁸⁶

Percebemos, portanto, que na esteira do entendimento do Tribunal Federal Constitucional Alemão, a intimidade (ou esfera íntima) gozaria de proteção absoluta, sendo um mínimo intangível garantido à pessoa. A vida privada (ou esfera privada), por outro lado, teria um âmbito de proteção relativo, determinado pela análise do caso concreto. Fixa-se a amplitude da esfera privada através da ponderação *in casu* entre a indisponibilidade da personalidade e o interesse público à informação.

Assim, observamos que jurisprudência e doutrina alemãs formam um sistema coerente, pois ambas seguem orientação semelhante.

Apesar da referida constatação, a teoria das esferas tem sido alvo de diversas críticas. A principal delas diz respeito a pouca importância prática que teria a distribuição da

⁸⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 257.

⁸⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 257.

⁸⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Obra citada*, p. 361.

personalidade em esferas, sendo que sua desconsideração não implicaria em ou minoração protetiva.⁸⁷

2.1.2 O CONTEÚDO DO DIREITO À VIDA PRIVADA E DO DIREITO À INTIMIDADE

Não é possível, de um modo prévio, determinar a exata extensão dos termos intimidade e vida privada. A perfeita fixação dos contornos dos referidos bens jurídicos só é plausível diante do caso concreto.⁸⁸

Trata-se, portanto, de conceitos fluídos, pois, nas palavras de José Adércio Leite Sampaio:

Estamos a falar assim de um conceito relativo, mutável, contextual e consequentemente impossível de assunção em único lance de todas (*sic*) as suas fronteiras normativas como instituto formal irretocável. Esse relativismo se patenteia no próprio sentido do que cada pessoa pode, diferentemente das demais e até de si mesma no curso de sua vida, conceber com íntimo ou privado, a partir das influências que decisivamente sofre de fatores culturais, religiosos, políticos, filosóficos e até mesmo climáticos, sem se esquecer de que as próprias circunstâncias ou um dado momento existencial podem permitir acepções até então não cogitadas.⁸⁹

O uso cotidiano das expressões intimidade e vida privada geralmente as apresenta como sinônimas, atribuindo-lhes um conteúdo praticamente equivalente. A diferenciação, quando é realizada, limita-se a conceber a intimidade como uma parcela mais interna da vida privada da pessoa.

A presente constatação, aliada à já ressaltada fluidez das expressões em tela, poderia estimular a conclusão pela equivalência entre intimidade e vida privada. No momento, porém, nos cabe a tarefa de delinear os contornos dos citados termos, como modo de analisar a sustentabilidade das construções doutrinárias de diferenciação sobre as quais nos debruçamos *supra*.

⁸⁷ Neste sentido: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 352-353; JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: Conflitos entre direitos da personalidade*, p. 255.

⁸⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 244.

⁸⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 244-245.

Nesse desiderato, recorremos ao Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o qual entende que há graus diferentes de exclusividade entre intimidade e vida privada, conforme se depreende do seguinte trecho:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum).

Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros.⁹⁰

Assim, o autor postula que a intimidade não experimenta qualquer forma de repercussão social, enquanto a vida privada envolve situações de opção pessoal que em alguns momentos podem requerer a comunicação a terceiros (como a escolha do regime de bens do casamento ou a outorga uxória/marital na aquisição de um imóvel).⁹¹

José Adércio Leite Sampaio, que provavelmente é o autor brasileiro que com mais afinco se dedicou ao tema, apresenta uma visão aprofundada que, em termos gerais, se enquadraria na síntese citada acima. O autor realiza uma análise minuciosa, procurando de fato as situações que poderiam compor os conteúdos do direito à vida privada e do direito à intimidade.

Segundo Sampaio, sem a pretensão de exaurir todo o conteúdo do direito à vida privada, mas atentos às lições de Direito Comparado, poderíamos apresentar como componentes definidores desse conteúdo: liberdade sexual; liberdade da vida familiar; intimidade; outros aspectos de intercessão com outros bens ou atributos da personalidade (como o “direito a morrer ou a organizar a própria morte” e a liberdade de domicílio).⁹²

Importante ressaltar, desde logo, que não iremos proceder a uma análise aprofundada de cada um dos componentes definidores do conteúdo do direito à vida privada. No entanto, necessário é que apresentemos, ao menos de forma sintética, as principais características que o autor elenca para os referidos componentes.

⁹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 79.

⁹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Obra citada*, p. 79.

⁹² SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 277.

A respeito da liberdade sexual, Sampaio sustenta que esta estaria no centro de toda vida privada. A liberdade que cada pessoa tem de viver a sua própria sexualidade, afirmando esta como um sinal distintivo próprio, estaria compreendida no conceito de direito à vida privada.⁹³

Sustenta o autor, ainda, que dos vários desdobramentos que a idéia de liberdade sexual desperta, dois merecem maior ênfase: a “liberdade do intercurso sexual”, a qual compreenderia a livre escolha da parceria e da oportunidade, a bilateral vontade livre e consciente, e seu desenrolar em ambiente fechado (os atentados contra a liberdade do intercurso sexual, geralmente, implicam no conhecido assédio sexual); a “identidade sexual”, que representa a faculdade de a pessoa definir a sua orientação sexual, além de externá-la através de seu comportamento, aparência e biotipia (têm destacada relevância nessa temática as questões do intersexualismo e do transexualismo).⁹⁴

A liberdade da vida familiar, elencada como o segundo componente da vida privada, significa, nas palavras de Sampaio, “(...) a autonomia dos membros de uma comunidade familiar de ‘viver uma vida normal sobre o mesmo teto’, impondo uma obrigação positiva ao Estado de respeitar e promover essa autonomia, englobando aí os dos direitos às relações entre seus membros”.⁹⁵

A família e, portanto, a vida familiar teria início através da união entre duas pessoas, seja por meio de matrimônio, seja com o reconhecimento da união estável.⁹⁶ Insta atribuir o mesmo efeito às uniões homoafetivas e a união que envolve transexual. O artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, assim como o artigo 1.723 do Código Civil, que dão status familiar apenas à união estável entre homem e mulher, não devem constituir óbice ao reconhecimento da liberdade da vida familiar às pessoas do mesmo sexo que vivem como se casadas fossem.⁹⁷

O terceiro componente da vida privada seria a intimidade. De um modo geral, e cientes que analisaremos melhor o assunto ao tratar do conteúdo da intimidade, sustenta-se:

A intimidade integra a vida privada, porém de uma forma muito mais dinâmica do que comumente apresentada; cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser

⁹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 277.

⁹⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 279-283; 313-319.

⁹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 319-320.

⁹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 321.

⁹⁷ Aponte-se neste sentido, a grande evolução legislativa que nossos vizinhos argentinos apresentaram, nesse ano de 2010, com a maturidade que a questão exige, ao reconhecer o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

com os demais, enfim, de uma “autodeterminação informativa” ou “informacional”.⁹⁸

O autor aponta, ainda, como outros componentes da vida privada o direito a morrer ou a organizar a própria morte e a liberdade de domicílio. No Brasil não se admite a eutanásia ativa, enquanto provocação da morte para atenuar a dor, sendo que o Código de Ética Médica (Resolução n. 1.246/88) inclusive proíbe que o médico se utilize de quaisquer meios para abreviar a vida do paciente, mesmo que a pedido deste ou de seu responsável legal. A eutanásia passiva, porém, caracterizada como o direito de se opor ao prolongamento artificial da própria vida, é aceita em nosso País e, assim, compõe a vida privada da pessoa.⁹⁹ Por sua vez, o domicílio, segundo Sampaio, é o local onde as liberdades da pessoa assumem sua dimensão máxima, sendo um espaço que assegura o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa dentro de seus limites. Assim, a liberdade de domicílio também seria um componente do direito à vida privada.¹⁰⁰

No que diz respeito ao direito à intimidade, Sampaio relaciona este ao controle ou domínio que a pessoa tem sobre as informações, emitidas e recebidas, que sejam juridicamente relevantes. É o que o autor chama de liberdade ou autodeterminação “informacional”. Essa liberdade informacional seria necessária ao livre desenvolvimento da personalidade e comporia o conteúdo do direito à intimidade.¹⁰¹

Nessa análise, Sampaio parte da idéia de que a pessoa, isoladamente ou enquanto ser social, é um “centro de referência de informações”.¹⁰² Assim, o direito à intimidade, espécie do gênero vida privada, consiste numa gama de faculdades que permitem a seletividade de informações que penetram (“*inputs*”) e que partem (“*outputs*”) do campo perceptivo da pessoa.¹⁰³

O controle sobre os *inputs* de informação, ou seja, sobre as informações que vem do exterior, reflete-se no direito de a pessoa selecionar as impressões sensitivas que transmitem informações (como o som, por exemplo) das quais ela quer ou não ser receptora. Esse controle, porém, não é absoluto, devendo ter por fim, sempre, a proteção da intimidade. Assim, a pessoa tem o direito de abster-se de impressões sensitivas que veiculem uma

⁹⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 351.

⁹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 352-355.

¹⁰⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 355.

¹⁰¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 363-364.

¹⁰² SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 363.

¹⁰³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 375.

informação que “(...) interfira em sua tranqüilidade e provoque ou possa provocar turbação moral”.¹⁰⁴

Percebe-se, portanto, que não é qualquer sensação não desejada, estimulada por um agente externo à pessoa, que dá ensejo ao controle informacional baseado no direito à intimidade. É necessário que essa impressão sensitiva perturbe a moral da pessoa com a informação que veicula. Assim, “O simples cheiro, ainda que intoleravelmente fétido, dificilmente produzirá um tal sentimento moral, o mesmo ocorrendo com o simples barulho ou impressões térmicas”.¹⁰⁵

O controle sobre os *outputs* de informação, conforme Sampaio, representa o direito de a pessoa controlar a circulação de suas informações pessoais. Informação pessoal seria aquela que diz respeito a uma pessoa, tomada essa locução em um sentido amplo, capaz de abranger o fenômeno conhecido como “projeção da personalidade”.¹⁰⁶

A pessoa teria, nesse sentido, com base no direito à intimidade, um poder de controlar a obtenção e o uso de suas informações pessoais por terceiros. Essa constatação encontra apoio em grande parte da doutrina que, segundo o referido autor, reconhece que existem dois modos de violação da intimidade, quais sejam: o conhecimento e a difusão de fatos privados.¹⁰⁷

A simples obtenção de informações pessoais de uma pessoa, portanto, pode ocasionar a violação da intimidade desta. Essa obtenção de informações pode se dar das mais diversas formas: diretamente, através do olhar, do ouvir, da investigação, da coleta de dados, etc.; através de técnicas físicas, que “consistem em utilizar as leis da natureza para construir dispositivos capazes de exercer vigilância clandestina”¹⁰⁸; ou através de técnicas psicológicas, que objetivam pesquisar a psique da pessoa em busca de informações pessoais.¹⁰⁹

O controle informacional, conforme aventado acima, atingiria, também, o uso ou destinação das informações pessoais previamente obtidas. Neste ponto, recorreremos às palavras de Sampaio, que assim elucida a questão:

¹⁰⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 364-365.

¹⁰⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 365.

¹⁰⁶ “Cuida-se de um fenômeno eminentemente cultural que, em alguns casos, pode decorrer da idéia de que certas escolhas pessoais, mesmo envolvendo objetos materialmente distintos da pessoa que escolhe, dizem respeito a ou podem refletir sobre essa mesma pessoa, pois são continuações ou projeções espaciais suas: meu carro e minhas roupas, nesse sentido, são parte de mim.” (SAMPALIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 374-375).

¹⁰⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 370.

¹⁰⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 371.

¹⁰⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 370-373.

Falamos aqui de um direito a controlar o uso de informações pessoais que não se contém no âmbito do domínio fático dessas informações, de sua exclusividade, próprios do conceito de “segredo”, mas vai além: ainda quando as informações tenham saído desses domínios, a pessoa – de que se trata – continua a exercer um “controle” sobre sua destinação. Vale dizer que não poderão ser usadas: armazenadas, processadas, tratadas, comunicadas, transmitidas, divulgadas ou publicadas – sem que tenha sido inequivocamente dada a autorização para tanto.¹¹⁰

O autor, ao final do trecho acima transcrito, ressalta o papel da vontade no controle informacional, questão de suma importância. O consentimento (autorização) retira a ilicitude do conhecimento ou uso de informações pessoais, nos estreitos limites daquele.¹¹¹ Assim, não há violação à intimidade se a devassa se limitar estritamente ao âmbito consentido.

2.2 MOVIMENTO DE UNIFICAÇÃO EM TORNO DO CONCEITO DE “PRIVACY”

O termo *privacy* (traduzido pela grande maioria dos autores como “privacidade”), enquanto conceito jurídico moderno, tem sua origem na sociedade burguesa americana do final do século XIX.¹¹² Samuel Warren e Louis Brandeis, sensíveis aos efeitos que o avanço tecnológico poderia provocar na vida das pessoas, teriam sido os primeiros a tratar do tema através do famoso artigo “*The right to privacy*”, publicado na *Harvard Law Review* em 1890.

O *privacy* (direito à privacidade), ao tempo de sua concepção, era um direito tipicamente burguês: marcado por um individualismo exagerado – próprio do liberalismo clássico –, que poderia ser traduzido no *right to be let alone* (direito a ser deixado só).¹¹³

Essa primeira idéia de privacidade, como direito a ser deixado sozinho, em paz, tranqüilo e etc., evoluiu, assim como evoluiu a sociedade. O direito ao *privacy* fora pensado originalmente para um contexto no qual a maior ameaça que existia à privacidade das pessoas era a mídia escrita, sendo o referido direito “(...) destinado a proteger da ‘curiosidade popular’ variadas dimensões da personalidade”.¹¹⁴ Na atual sociedade de informação a concepção de

¹¹⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 374.

¹¹¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 369.

¹¹² DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, p. 7-8.

¹¹³ DONEDA, Danilo. *Obra citada*, p. 8-10.

¹¹⁴ SARMENTO E CASTRO, Catarina. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, p.17-18: “Segundo alguns estudiosos, a redação deste artigo na *Harvard Law Review* resultaria mesmo da determinação de Warren em reagir contra as agressões que os jornais de Boston, em particular o *Saturday Evening Gazette*, vinham inflingindo ao seu próprio (e da sua família) *right to be let alone*. As freqüentes e detalhadas notícias nos

privacidade transborda o direito a ser deixado só, envolvendo, principalmente, o controle das pessoas sobre suas informações pessoais.¹¹⁵

Nesse sentido, Celso Lafer afirma que além do direito a ser deixado só, o *privacy* deve compreender, também, “a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”.¹¹⁶ Bruno Lewicki, também nessa toada, entende o direito à privacidade como um direito à existência pessoal, que envolve o modo como a pessoa, com suas características particulares, será inserida na sociedade.¹¹⁷

O direito ao *privacy* é um conceito aberto e generalizante, pois abarca todos os aspectos da privacidade da pessoa, não havendo subdivisões ou diferenciações terminológicas como ocorre, por exemplo, na teoria das esferas. Trata-se, portanto, de um direito típico dos países da Common Law, cujo contorno deve ser delimitado diante do caso concreto.

Configura-se o *privacy*, portanto, como um conceito unitário, pois a vida privada, a intimidade e os demais desdobramentos da privacidade pensados pelas teorias da diferenciação conceitual que estudamos acima estariam submetidos a uma base conceitual única. Essa base conceitual única remontaria às possíveis interpretações do direito a ser deixado só (*right to be let alone*), desenvolvido por Warren e Brandeis.¹¹⁸

Constatando esse caráter unitário do *privacy*, o Professor Elimar Szaniawski exarou o seguinte apontamento crítico:

(...) o direito americano, embora reconheça como um direito de toda pessoa ao *right to be let alone* e o tutele através do *right of privacy*, sendo ampla sua aplicação pelos tribunais, não diferencia as noções de respeito à vida privada, de respeito à intimidade da vida privada, não possuindo, conseqüentemente, as pessoas de vida pública a necessária proteção à intimidade de sua vida privada.¹¹⁹

jornais acerca das reuniões sociais em casa dos Warren e, em particular, a curiosidade em torno do casamento da sua filha, conduziram a que Warren e o seu sócio Louis Brandeis redigissem o texto em defesa do *right to be let alone*”.

¹¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República*, p. 60.

¹¹⁶ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 239 Apud MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. *Obra citada*, p. 60.

¹¹⁷ LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*, p. 87.

¹¹⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 237-239.

¹¹⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Obra citada*, p. 333.

Apesar da ressaltada evolução do conceito de *privacy* ao longo desses 120 anos de desenvolvimento, ao se pensar na base conceitual unitária do referido direito remonta-se, invariavelmente, ao necessário, porém já antiquado e insuficiente, *right to be let alone*. O simples direito a ser deixado só não dá conta do complexo problema que se tornou a proteção da privacidade nos dias atuais.

Atento a esse fato, Danilo Doneda salienta a necessidade de cautela na interpretação do direito ao *privacy*, pensado por Warren e Brandeis:

O centenário diagnóstico realizado pelos autores, então advogados em Boston, ainda é valioso, tanto que o artigo *The right to be let alone* continua sendo lido e citado com invejável constância. Para sua interpretação, no entanto, deve-se valer da consciência de que se trata de um trabalho circunstancialmente datado e que respondia às condições específicas do seu tempo (...) Tomada esta precaução, subsiste a forte constatação de que a *privacy*, hoje, compreende algo muito mais complexo do que o isolamento ou a tranquilidade.¹²⁰

O oportuno apontamento do Professor Doneda demonstra a necessidade de um esforço hermenêutico para adequar o direito ao *privacy* ao modo complexo como a questão da privacidade se apresenta atualmente. O direito a ser deixado só, em paz, não se mostra suficiente numa sociedade em que o crescimento do número de meios de violação da privacidade da pessoa é diretamente proporcional ao galopante desenvolvimento tecnológico.

Assim, o direito ao *privacy* ou à privacidade (na tradução mais corrente para o português) conformaria verdadeira cláusula geral que pretensamente englobaria todas as esferas de proteção da personalidade (privada, íntima, secreta e etc.), tendo de ser concretizado em juízo, diante do caso concreto.¹²¹ Não haveria, deste modo, qualquer diferença entre os termos vida privada, privacidade e intimidade, podendo ser utilizados indistintamente.

¹²⁰ DONEDA, Danilo. *Obra citada*, p. 10.

¹²¹ “A incompletude das normas insertas em cláusulas gerais significa, em primeiro lugar, que estas não possuem uma *fattispecie* autônoma, porquanto exigem a sua progressiva formação pelo juiz mediante o já aludido reenvio a outras normas do sistema ou a padrões, valorativos ou de comportamento, que, num primeiro momento, são extra-sistemáticos. Em segundo lugar, significa que a estatuição fica a encargo do juiz, que, para estabelecê-la, deve percorrer o ciclo de reenvio.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 332).

Seguindo essa concepção, e diante da dificuldade em se definir o conteúdo do termo privacidade (*privacy*)¹²², corre-se o risco de analisar o problema a partir de um enfoque negativo, ou seja, conceituar privacidade (intimidade e vida privada) a partir de uma lógica de exclusão: privacidade é aquilo que não é vida pública ou que não tenha significação social relevante.¹²³

A esse respeito, Robert Badinter sustenta que a idéia de vida pública da pessoa é mais restrita e seus limites são mais fáceis de determinar,¹²⁴ fato que estimularia a análise do conteúdo da privacidade a partir do citado enfoque negativo. Assim, seria privado aquilo que não é público; privacidade seria uma fração residual da vida em sociedade.

O problema de analisarmos a questão nesses termos reside no fato de que na ânsia de conceber a privacidade como um direito amplo, geral, que pudesse oferecer a mais larga proteção ao âmbito privado da pessoa, poderíamos estar tornando-a, em verdade, mais vulnerável, pois inexistente nessa concepção um núcleo ou camada fundamental e inviolável. Assim, na concretização desse direito à privacidade poder-se-ia, ao menos em tese, reduzir a zero o âmbito de proteção da pessoa diante da situação concreta.¹²⁵

Essa constatação nos remete ao estudo que realizamos *supra* (1.3.1) a respeito do direito geral de personalidade (ou cláusula geral de proteção da personalidade). Conforme vimos, há, em suma, dois modos de se conceber o referido direito geral: enquanto um direito único e esgotante, que prescindiria da existência de direitos da personalidade autônomos e particulares, sendo bastante em si mesmo, ou seja, por si só capaz de oferecer uma tutela ampla e adequada à personalidade da pessoa; enquanto um direito “matriz” ou “fundante”, do qual decorreriam direitos especiais da personalidade relativamente autônomos (verdadeiras concretizações particulares da cláusula geral de personalidade), que coexistiriam com aquele.

¹²² Doneda, apoiado em diversos autores, demonstra a dificuldade em se definir um sentido determinante para o termo privacidade: “Estabelecer este sentido comum não deixou de ser um desafio para os juristas desde que se propôs a questão, com o agravante adicional que são os maus presságios lançados aos que se aventurassem na busca pelo que foi denominada por André Vitalis de *définition introuvable*, François Rigaux de *L'impossible définition*, Ken Gormley de *talismanic word*, entre outros – a definição de privacidade.” (DONEDA, Danilo. *Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais*).

¹²³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 245.

¹²⁴ BADINTER, Robert. *Le droit au respect de la vie privée*. J.C.P 1968, I, 2.136. *Apud* SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 245.

¹²⁵ Fato que não é possível, conforme vimos *supra*, na lógica da diferenciação conceitual, pois, como ocorre na teoria das esferas, apesar de os contornos da vida privada serem ponderáveis diante do caso concreto, a intimidade se mostra como um núcleo fundamental, sendo absolutamente inviolável na opinião de alguns autores.

Como já visto anteriormente, apoiados em nomes como Karl Larenz¹²⁶, Rabindranath Capelo de Sousa¹²⁷ e Paulo Mota Pinto¹²⁸, entendemos essa segunda concepção de direito geral de personalidade como a mais adequada, pois consegue proporcionar a tão aclamada tutela aberta e renovável à pessoa, ao mesmo tempo em que não coloca em risco as garantias fornecidas pelos direitos especiais da personalidade, tipificados em nosso ordenamento. Conceber o direito geral de personalidade como um direito único e esgotante poderia, conforme vimos no primeiro capítulo, representar um retrocesso, pois não haveria um mínimo inviolável fornecido pelos regimes particulares então desconsiderados.

Essa mesma linha de reflexão pode ser utilizada para a questão do direito à privacidade. Conforme sustenta Catarina Sarmiento e Castro, o direito à *privacy*, delimitado pela doutrina e jurisprudência americanas, poderia ser considerado, de fato, um direito geral de personalidade, sendo mais amplo que o direito à vida privada e à intimidade.¹²⁹

O perigo de se considerar a privacidade como um direito único, capaz de englobar todas as situações referentes à esfera privada da pessoa, e que tornaria inócuas quaisquer distinções entre termos como vida privada e intimidade, é o mesmo perigo de se considerar o direito geral de personalidade como um direito único e esgotante.

Como pudemos analisar, o direito à *privacy* foi pensado e desenvolvido no âmbito da *common law* americana, sistema este que guarda uma série de distinções com o sistema romano-germânico, o qual adotamos no Brasil. Conforme veremos mais adiante, da análise das peculiaridades do sistema de direito americano encontra-se possíveis razões para se tutelar a privacidade, naquele país, através de uma verdadeira cláusula geral.

Diante desse quadro, cabe à doutrina brasileira a reflexão acerca de qual é modo mais adequado de se conceber o direito à vida privada e à intimidade em nosso país: se o modelo americano do *privacy*, se o modelo alemão da teoria das esferas, etc. Os posicionamentos dos autores brasileiros, como veremos a seguir, são os mais variados.

2.3 REFLEXOS NA BIBLIOGRAFIA BRASILEIRA

O direito à vida privada e à intimidade é tratado hoje, no Brasil, das mais diversas formas. Há uma total falta de sistematização no que concerne à referida questão. Essa falta de

¹²⁶ LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*, p.164-165.

¹²⁷ CAPELO DE SOUSA, R. V. A. *O direito geral de personalidade*, p. 574.

¹²⁸ MOTA PINTO, Paulo. *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes entre o público e o privado*.

¹²⁹ SARMENTO E CASTRO, Catarina. *Obra citada*, p. 22.

sistematização é evidenciada, por exemplo, pelo fato de vários autores, dignos da mais alta reverência acadêmica, conceberem os referidos direitos de maneiras diametralmente opostas.

A crítica que se faz no presente trabalho não se dirige aos autores que refletem acerca do problema posto, mas diz respeito a uma questão de fundo: ao modo como o tratamento do direito à vida privada e à intimidade foi absorvido pelo Direito Brasileiro.

Analisemos, então, como se posicionam alguns dos principais autores que refletem sobre o tema.

O Professor Elimar Szaniawski, demonstrando a opção pela teoria que distingue os referidos direitos, sustenta:

A Constituição de 5 de outubro de 1988, ao incluir no seu texto a proteção dos direitos à intimidade e à vida privada, como dois direitos especiais de personalidade distintos, manteve corretamente as distinções doutrinárias entre proteção à vida privada e proteção à intimidade da vida privada, de acordo com o pensamento acima exposto, já que, como sendo dois conceitos diversos, com extensões de tutela diversas, permitem a mais ampla proteção do indivíduo frente a qualquer espécie de atentado.¹³⁰

José Adércio Leite Sampaio, que conforme vimos anteriormente dedica boa parcela de sua obra ao árduo intento de vislumbrar conteúdos próprios para a intimidade e para a vida privada, parece partilhar do posicionamento exarado por Szaniawski quando dispõe que assim como nos países de língua espanhola, onde domina o entendimento de que intimidade e vida privada podem ser compreendidas como semelhantes quanto a efeitos práticos:

No Brasil, há uma tendência nesse mesmo sentido. Usam-se intimidade e vida privada indistintamente, embora alguns ressaltem ser aquela um extrato mais restrito desta. Sem embargo de seus respeitáveis defensores há que se fazer radical distinção a partir das lições de direito comparado e mesmo da matriz etimológica das duas expressões, sem olvidar ainda o discrimen feito pela disposição constitucional consagradora de um geral direito à vida privada e à intimidade: “são invioláveis a intimidade, a vida privada...”¹³¹

¹³⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Obra citada*, p. 305.

¹³¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 273.

O Professor Danilo Doneda, por outro lado, acredita que a já estudada teoria que diferencia os direitos à intimidade e à vida privada teve importância e aplicabilidade em dado momento histórico, não sendo sustentável diante da problemática atual, senão mediante um raciocínio extensivo. O autor, então, entende como mais adequada a utilização do termo “privacidade”, que unificaria os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada:

Os termos "vida privada" e "intimidade" fazem menção específica a determinadas amplitudes do desenvolvimento da proteção da privacidade, como a teoria dos círculos concêntricos de Hubmann (ou, como visto, da “cebola passiva”), que apresentaram maior importância em um determinado contexto e momento histórico. Aplicá-las à atual problemática dos dados pessoais, por exemplo, somente poderia ser feito com um raciocínio extensivo – o que, por si só, mitigaria os pressupostos de sua existência. Utilizar o termo privacidade parece a opção mais razoável e eficaz. O termo é específico o suficiente para distinguir-se de outros termos com os quais eventualmente deve medir-se, como a imagem, honra ou a identidade pessoal; e também é claro bastante para especificar seu conteúdo, efeito da sua atualidade. Mas esta escolha não surge somente da fragilidade das demais; ela revela-se por si só a mais adequada – por unificar os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada.¹³²

Importante pontuar que tanto os Professores Szaniawski e Sampaio quanto o Professor Doneda, apesar de discordarem de como o direito à vida privada e à intimidade devem ser tratados em nosso país, optam, cada um, por uma das construções doutrinárias a respeito de como se conceber a questão (cf. *supra*), numa louvável tentativa de oferecer sistematicidade ao tema.

Infelizmente, porém, não é este tipo de análise que encontramos na maioria das obras brasileiras que abordam o tema.

Da análise de uma passagem da lavra do Professor Francisco Amaral, percebemos que boa parte da doutrina brasileira acaba por consagrar uma confusão teórica, a qual não corresponde nem às teorias de distinção entre o direito à vida privada e o direito à intimidade, nem às teorias de unificação:

¹³² DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*, p. 111-112.

O direito ao recato consiste no direito de cada um ter preservada a intimidade de sua vida privada da indiscrição alheia. Sem contorno preciso, traduz-se no direito à imagem, no direito ao sigilo da correspondência e da comunicação telegráfica ou telefônica.¹³³

Como pudemos observar, o que ocorre é uma mescla de aspectos das duas teorias que analisamos anteriormente, criando uma concepção disforme e passível de críticas. O trecho citado, ainda, ao tratar o direito à imagem como um componente do direito à vida privada, toca em outra questão bastante polêmica que é a autonomia do direito à imagem.¹³⁴ Conceber o direito à própria imagem como não autônomo, ou seja, vinculado à outro direito da personalidade, implicaria em reconhecer a impossibilidade da tutela do direito à própria imagem em si, ficando esta condicionada à violação de outro bem jurídico, tais como a honra ou a intimidade.

Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior também acabam por consagrar a indefinição teórica que circunda nosso tema de análise: “Embora seja princípio da hermenêutica de que a lei não deve abrigar expressões inúteis, de todo dispensável a menção, feita pela Constituição de 1988, à inviolabilidade da vida privada. Bastaria a referência à intimidade, que compreende a vida privada”.¹³⁵

Os referidos autores consideram redundância falar em vida privada e intimidade (enquanto direitos distintos). Além disso, vão de encontro a todas as teorizações que analisamos aqui, ao afirmarem que a intimidade compreende a vida privada. Conforme vimos *supra* (2.1), se fosse para defender que um direito engloba o outro, seria a vida privada que englobaria a intimidade, e não o contrário.

¹³³ AMARAL, Francisco. *Obra citada*, p. 269.

¹³⁴ Analisamos com maior profundidade a presente questão em outra oportunidade: WINIKES, Ralph; GEDIEL, José Antônio Peres; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. *O Direito da Personalidade à Própria Imagem e a Autonomia do Dano*. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, 2010.

¹³⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*, p. 199-200.

3 CONFUSÃO CONCEITUAL: A VIDA PRIVADA E A INTIMIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Conforme pudemos observar acima, no Brasil não há qualquer consenso doutrinário no que diz respeito ao direito à vida privada e à intimidade. Essa verdadeira confusão conceitual, infelizmente, não se restringe ao campo doutrinário, apresentando-se, também, em diversas decisões judiciais proferidas por nossos tribunais.

No presente capítulo procederemos à análise das possíveis razões pelas quais essa confusão conceitual ocorre no direito brasileiro. Para tanto, observaremos, primeiramente, o modo como a questão tem sido tratada pelos tribunais pátrios.

3.1 REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

No que se refere ao direito à vida privada e à intimidade, o judiciário brasileiro se depara com a seguinte situação: de um lado há o *discrímen* feito pelo art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, que coloca lado a lado vida privada e intimidade, enquanto bens jurídicos distintos; de outro lado tem-se a falta de uniformidade da doutrina, que em sua maioria trata a questão com imprecisão, passando a idéia de que vida privada e intimidade seriam conceitos sinônimos.

Diante desse quadro, a jurisprudência pátria, como se observará, apesar de na maioria das vezes fazer referência a ambos os termos, tende a tratá-los de forma unificada, como se a diferença entre ambas fosse meramente terminológica. Como exemplo dessa tendência, podemos citar o seguinte acórdão:

DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. DIREITO À PRIVACIDADE E VIDA PRIVADA. AUTORIDADE PÚBLICA. INTERESSE COLETIVO NA APURAÇÃO DOS FATOS. CAUTELA DO ÓRGÃO DE IMPRENSA. NÃO CONFIGURAÇÃO DOS DANOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO POR EQUIDADE.

1. O ordenamento constitucional, ao mesmo tempo em que assegura a inviolabilidade à honra, à vida privada (art. 5º, X) e a proteção à imagem (art. 5º, XXVII), também prevê que a

manifestação do pensamento, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão nenhuma restrição (art. 220).

2. Se, por um lado, a liberdade de informação deve limitar-se frente ao direito dos particulares de terem sua vida privada e imagem preservados do conhecimento coletivo, por outro lado, o direito à intimidade também deve ser sopesado no caso de personagens públicos, como artistas, políticos e servidores, onde a exposição à mídia decorre diretamente da atenção que suas atividades despertam na sociedade.(...)¹³⁶
(grifou-se)

Da análise do julgado, percebe-se a tendência de se tratar o direito à vida privada e à intimidade de forma unificada, sobretudo em dois momentos. O primeiro momento está consubstanciado no ponto 1, pois neste concebe-se que à garantia constitucional da liberdade de expressão e de informação contrapõe-se à inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem. Pelo fato de não ter-se incluído a intimidade ao lado da vida privada e dos demais bens jurídicos constitucionalmente invioláveis, pode-se denotar uma “possível” intenção do órgão julgador de tratar os referidos conceitos indistintamente. Essa meramente “possível” intenção do julgador, contudo, confirma-se no trecho grifado, no qual os termos vida privada e intimidade são utilizados como sinônimos.

A referida tendência de unificação pode ainda ser identificada em outra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na qual a diferença entre intimidade e privacidade (termo utilizado em substituição à vida privada pelo julgado) restringe-se à terminologia, pois ambos os termos são tratados do mesmo modo:

RECLAMAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. CARÁTER RELATIVO. INTERESSE PÚBLICO. INVESTIGAÇÕES POLICIAIS. ELUCIDAÇÃO DE ESTELIONATO. PROPORCIONALIDADE.

I. o direito à intimidade e à privacidade não possuem caráter absoluto. Cede espaço ao interesse da sociedade. (...)¹³⁷

Conforme vimos *supra*, uma das razões de se conceber o âmbito privado da pessoa como uma série de esferas concêntricas – as quais quanto mais restritas deveriam ser mais

¹³⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 2003011114843-3. 2ª Turma Cível. Relator: Des. J. J. Costa Carvalho. Brasília, 14 de março de 2007.

¹³⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Reclamação n. 0012035-11.2009.807.0000. 1ª Turma Criminal. Relatora: Des. Sandra de Santis. Brasília, 29/10/2009.

protegidas –, seria oferecer às pessoas um núcleo mínimo de proteção. Esse núcleo absolutamente inviolável seria a esfera íntima ou a intimidade.¹³⁸

Assim, quando o acórdão acima iguala privacidade e intimidade, afirmando a inexistência de um caráter absoluto a esta, coloca por terra qualquer distinção entre os termos. O referido julgado, ainda, ao afirmar que privacidade e intimidade são indistintamente ponderáveis com o interesse da sociedade, aproxima-se muito da cláusula geral americana de proteção da privacidade (*privacy*), cujo âmbito de proteção é definido diante do caso concreto.

Essa aproximação ao *privacy* americano pode ser observada também em outro acórdão, o qual demonstra a tendência de se utilizar um termo geral que englobaria a vida privada e a intimidade, formando um todo unitário em torno do conceito de “privacidade”:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. **AFRONTA AO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA.** INTELIGÊNCIA DO ART. 50, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

- **A quebra de sigilo bancário implica indevida intromissão na privacidade do cidadão, expressamente amparada pela Constituição Federal**, só sendo admissível em casos de manifesto interesse público ou em situações especiais estabelecidas em leis regulamentadoras.¹³⁹ (grifou-se)

Da análise do presente julgado percebe-se que, para solucionar a situação fática, o Tribunal de Justiça do Sergipe conformou um conceito amplo geral a partir da garantia constitucional da inviolabilidade da vida privada e da intimidade. Ao referido conceito geral atribui-se o nome de “privacidade”, a qual, nos moldes do *privacy* americano, tem seu conteúdo definido mediante a ponderação com o interesse público perante o caso concreto.

A conformação dessa verdadeira cláusula geral de proteção da “privacidade” fica ainda mais evidente no seguinte trecho do voto do acórdão em apreço: “O presente recurso cinge-se tão somente à possibilidade ou não da quebra de sigilo bancário, diante da garantia de inviolabilidade da privacidade, assegurada pelo art. 5º, X da Constituição Federal”.¹⁴⁰

¹³⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Obra citada*, p. 357; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Obra citada*, p. 256.

¹³⁹ SERGIPE. Tribunal de Justiça do Sergipe. Agravo de Instrumento n. 0487/2001. Relator: Des. José Artêmio Barreto. Aracaju, 14 de maio de 2002.

¹⁴⁰ SERGIPE. Tribunal de Justiça do Sergipe. Agravo de Instrumento n. 0487/2001. Relator: Des. José Artêmio Barreto. Aracaju, 14 de maio de 2002.

Ora, o referido dispositivo constitucional garante como invioláveis a vida privada e a intimidade. Em momento algum se faz referência ao termo privacidade (assim como o Código Civil, que também não o faz). Assim, percebe-se que no caso presente reuniram-se as noções de vida privada e intimidade com o intuito de se conceber um termo amplo (privacidade) que por si só daria conta da problemática em análise. Esse fato corrobora nossa tese de que há uma tendência jurisprudencial no sentido de tratar o direito à vida privada e à intimidade de forma unificada.

Essa tendência também se faz presente no Superior Tribunal de Justiça do Brasil, no qual, em sede de Recurso Especial, se proferiu a seguinte decisão:

PROCESSUAL CIVIL. DOCUMENTO. JUNTADA. LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES. SIGILO TELEFÔNICO. REGISTRO DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS. USO AUTORIZADO COMO PROVA. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO PARA JUNTADA DE DOCUMENTO PESSOAL. ATOS POSTERIORES. "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". SEGREDO DE JUSTIÇA. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HIPÓTESES. ROL EXEMPLIFICATIVO. **DEFESA DA INTIMIDADE**. POSSIBILIDADE. - A juntada de documento contendo o registro de ligações telefônicas de uma das partes, autorizada por essa e com a finalidade de fazer prova de fato contrário alegado por essa, não enseja quebra de sigilo telefônico nem violação do **direito à privacidade**, sendo ato lícito nos termos do art. 72, § 1.º, da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações). - Parte que autoriza a juntada, pela parte contrária, de documento contendo informações pessoais suas, não pode depois ingressar com ação pedindo indenização, alegando violação do **direito à privacidade** pelo fato da juntada do documento. Doutrina dos atos próprios. - O rol das hipóteses de segredo de justiça não é taxativo, sendo autorizado o segredo quando houver a necessidade de **defesa da intimidade**. Recurso especial conhecido e provido.¹⁴¹

O Professor Danilo Doneda também percebeu essa tendência do Superior Tribunal de Justiça de tratar o direito à vida privada e à intimidade de forma unificada, valendo-se do termo privacidade, e nos apresentou os seguintes exemplos:

Na jurisprudência do STJ encontramos idêntica tendência: vide o Recurso Especial nº 306570/SP, rel. Min. Eliana Calmon (D.J. 18/02/2002, p. 340):

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 605.687 – AM (2003/0202450-6). Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 01 de junho de 2005.

“O contribuinte ou o titular da conta bancária tem direito à privacidade em relação aos seus dados pessoais (...)”; ou então o Recurso Especial nº 58101/SP, rel. Min. César Asfor Rocha (D.J. 09/03/1998, p. 326): “É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome do direito à privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torna-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem (...)”.¹⁴²

Percebe-se, portanto, que a tendência do judiciário brasileiro de tratar o direito à vida privada e à intimidade de forma unificada evidencia uma aproximação com o *privacy* americano – já analisado anteriormente. Porém, é importante termos em mente que o sistema americano tem peculiaridades que justificam a utilização de um conceito geral para a tutela da privacidade, conforme observaremos adiante.

3.2 AS PECULIARIDADES DO SISTEMA DA “COMMON LAW” AMERICANA QUE JUSTIFICAM A EXISTÊNCIA DA “PRIVACY” ENQUANTO UMA CLÁUSULA GERAL DE PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE

Os Estados Unidos da América, país que, como vimos, foi berço das primeiras teorizações que visavam à proteção da vida privada e da intimidade,¹⁴³ pertencem, assim como seus colonizadores ingleses, à família da *common law*.¹⁴⁴

A *common law* é, de fato, um sistema de direito essencialmente jurisprudencial. Essa afirmação se sustenta, pois, nos países partidários desse sistema de direito, os juristas apresentam certa dificuldade no trato direto com as regras formuladas pelo legislador; não são estas o *tipo normal* de regra de direito com a qual estão acostumados a lidar.¹⁴⁵ Nas palavras de René David, as referidas regras formuladas pelo legislador:

(...) só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a ela, referirem-se às decisões judiciais que as aplicaram. Quando não existe precedente, o jurista americano dirá naturalmente: “There is no law on the point” (não há direito

¹⁴² DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção...*, p. 112.

¹⁴³ DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*, p. 8.

¹⁴⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 459.

¹⁴⁵ DAVID, René. *Obra citada*, p. 477.

sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que preveja.¹⁴⁶

Percebemos, da análise da presente citação, que a idéia de precedente é muito forte no sistema da *common law*. Ao contrário do que ocorre no sistema de direito romano-germânico, no qual há um primado da lei,¹⁴⁷ na *common law* esta se mostra insuficiente.

Nos países de tradição romano-germânica, os princípios e regras de direito sempre se apresentaram num corpo de regras preestabelecido: desde o *Corpus Júrís Civilis* romano, até os códigos atuais. A jurisprudência, nesses países, desempenha um papel secundário, não sendo criadora de regras de direito.¹⁴⁸

Na *common law*, desde os seus primórdios – que remontam aos Tribunais Reais de Westminster, na Inglaterra –, a função da jurisprudência não se limita à aplicação do direito, sendo esta também responsável pela criação de regras jurídicas.¹⁴⁹ A atuação jurisprudencial, porém, não é totalmente livre. Isso se dá, pois a partir de meados do século XIX, diante da necessidade de “certeza” e “segurança” por parte dos ingleses, criou-se a regra do precedente (*rule of precedent*).¹⁵⁰

A regra do precedente determina que “as regras que as decisões judiciais estabeleceram devem ser seguidas, sob pena de destruírem toda a ‘certeza’ e comprometerem a própria existência da *common law*”.¹⁵¹

Essa obrigatoriedade de recorrer a regras jurídicas determinadas em julgamentos precedentes (*stare decisis*) pode nos levar a pensar que trata-se a *common law* de um sistema engessado, absolutamente uniforme e sem possibilidades de evolução. De fato, foi isso que ocorreu no início da vigência da regra do precedente, e é isso que ocorre de forma atenuada, ainda hoje, na Inglaterra.

No que se refere à *common law* norte-americana, porém, essas conclusões não se mostram totalmente corretas. A regra americana do precedente (*stare decisis*) é semelhante, mas não funciona da mesma forma nem tem o mesmo rigor da regra inglesa.¹⁵²

¹⁴⁶ DAVID, René. *Obra citada*, p. 459.

¹⁴⁷ “Nas condições do mundo moderno, e também por razões de ordem filosófica e política, considera-se hoje, de um modo geral, nos países da família romano-germânica, que a melhor maneira de chegar às soluções de justiça, que o direito impõe, consiste, para os juristas, em procurar apoio nas disposições da lei.” (DAVID, René. *Obra citada*, p. 119).

¹⁴⁸ DAVID, René. *Obra citada*, 427.

¹⁴⁹ DAVID, René. *Obra citada*, 428.

¹⁵⁰ DAVID, René. *Idem*, *ibidem*.

¹⁵¹ DAVID, René. *Idem*, *ibidem*.

¹⁵² DAVID, René. *Obra citada*, 489.

Os Estados Unidos conformam um país de dimensões continentais, e que adota como forma de estado um federalismo que dá ampla autonomia aos estados-membros. Nessas condições, é quase impensável que uma regra de padronização de decisões judiciais adequada à unitária ilha inglesa, pudesse ter a mesma sorte na América do Norte.

Conforme esclarece René David, a regra do precedente americana sofre uma importante limitação:

O Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados às suas próprias decisões e podem desviar-se de sua jurisprudência. (...)

As mudanças de jurisprudência não são raras se considerarmos o Supremo Tribunal dos Estados Unidos. Explicam-se principalmente, neste caso, pela flexível maneira como este tribunal concebe a interpretação da Constituição dos Estados Unidos. Da parte dos Supremos Tribunais dos Estados as mudanças de jurisprudência têm uma explicação diferente: são devidas, sem dúvida, na maior parte, à pressão de opinião dos juristas e ao desejo de alinhar o direito de um Estado com a corrente dominante que prevaleceu noutros Estados, restabelecendo assim a unidade da *common law* nos Estados Unidos.¹⁵³

Assim, percebemos que há no direito norte-americano não só a possibilidade como a preocupação com a evolução do direito, mediante a mitigação da regra do precedente, fato esse que permite a adequação das decisões judiciais aos renováveis anseios da sociedade americana contemporânea.

Ressalta René David, nesse sentido, que o desapego a um “princípio que envelheceu” (*stare decisis*), possibilitou que o Supremo Tribunal Americano adaptasse a sua interpretação da Constituição dos Estados Unidos às correntes de pensamento e às necessidades que se apresentam no mundo atual.¹⁵⁴

Nesse contexto, merece destaque a figura do *Restatement of the Law*. O *Restatement of the Law* é uma publicação realizada por uma associação privada, o *American Law Institute*,¹⁵⁵

¹⁵³ DAVID, René. *Obra citada*, p. 490.

¹⁵⁴ DAVID, René. *Obra citada*, p. 490-491.

¹⁵⁵ “The American Law Institute is the leading independent organization in the United States producing scholarly work to clarify, modernize, and otherwise improve the law. The Institute (made up of 4000 lawyers, judges, and law professors of the highest qualifications) drafts, discusses, revises, and publishes Restatements of the Law, model statutes, and principles of law that are **enormously influential in the courts and legislatures**, as well as in legal scholarship and education.” (grifo nosso) <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.overview>

que tem como objetivo expor de um modo sistemático as regras da *common law* americana.¹⁵⁶

Assim, nas palavras de René David:

O *Restatement* procura, nas matérias em que as intervenções do legislador não foram muito numerosas, expor, de modo tão exato quanto possível, as soluções que estão em maior harmonia com o sistema da *common law* americana e que, por conseguinte, merecem ser consagradas pelos tribunais americanos.¹⁵⁷

Trata-se, o *Restatement*, de um verdadeiro trabalho de refinamento jurisprudencial do qual dispõe a *common law* americana. É bem verdade que estamos diante de uma publicação privada, sem qualquer autoridade legal ou normativa. No entanto, inegável é que este instrumento exerce influência sobre o pensamento jurídico americano e, conseqüentemente, sobre as decisões judiciais exaradas naquele país.

É nesse contexto que vige a idéia de *privacy*, enquanto uma verdadeira “cláusula geral”¹⁵⁸ de proteção da privacidade. Uma análise apressada da questão poderia levar à conclusão que, devido à natureza essencialmente jurisprudencial do sistema americano – no qual a lei e a doutrina ocupam um papel secundário –, tutelar a vida privada e a intimidade através de uma cláusula geral única e esgotante (*right to privacy*) poderia representar um risco à existência de um campo mínimo inviolável de privacidade. Poder-se-ia, ainda, concluir que devido à vigência da estudada regra do precedente ocorreria um engessamento do conceito de *privacy*, bloqueando sua evolução.

No entanto, são justamente as peculiaridades do sistema de direito americano que permitem conceber a *privacy* como uma cláusula geral. Em primeiro lugar, a regra do precedente, que apesar de mitigada ainda ocupa posição central na *common law* americana, garante a inexistência de decisões díspares em face do Supremo Tribunal de um mesmo estado, e de todos em relação ao Supremo Tribunal dos Estados Unidos.

Assim, devido à referida regra, garante-se uma segurança jurídica, pois uma decisão judicial que seja divergente da orientação dominante àquele tempo, e que eventualmente

¹⁵⁶ DAVID, René. *Obra citada*, p. 492.

¹⁵⁷ DAVID, René. *Obra citada*, p. 493.

¹⁵⁸ A cláusula geral, devido às suas peculiares características, representa “(...) uma abertura para o mundo dos valores: cabe ao juiz determiná-los, procedendo a uma ‘decisão de valores’. Nesta perspectiva, estabelece-se uma relação de entre cláusula geral e juízo de valor: este não se limita a condicionar a individualização dos comportamentos descritos em enunciados legislativos, mas são a fonte exclusiva de tal individualização, eis que se trata de um fenômeno de produção normativa.” (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Percurso Teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*, p. 184).

atente contra situações que se encontram abrangidas pelo direito à *privacy*, certamente não subsistirá.

Em segundo lugar, a possibilidade de o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e dos Supremos Tribunais dos estados desviarem-se de seus próprios posicionamentos jurisprudenciais, que tem o intuito de adequar a jurisprudência às correntes de pensamento e aos renováveis anseios da sociedade, aliada à existência de mecanismos como o *Restatement of the Law*, que se apresenta como um verdadeiro trabalho de auxílio ao refinamento das decisões judiciais, garante, ao lado da segurança jurídica oferecida pela regra do precedente, a evolução conceitual conceitual do direito à *privacy*.

Atento a este fato, Danilo Doneda pontua que a idéia de privacidade, inicialmente concebida como direito a ser deixado sozinho, em paz, tranqüilo, evoluiu, assim como evoluiu a sociedade.¹⁵⁹ A *privacy* não permaneceu estagnada desde quando foi concebida por Warren e Brandeis em 1890. Prova disso é que o referido direito foi objeto de análise da categoria *Torts*, da segunda edição do *Restatement of the Law*, publicado em 1977.¹⁶⁰

A referida publicação apresenta possíveis desdobramentos do direito à *privacy*: a proteção ao nome da pessoa, a proteção contra publicações jornalísticas que abordem indevidamente sua privacidade, e a proteção contra a invasão, física ou realizada por outro meio, de sua privacidade.¹⁶¹

A previsão dessas situações representa uma pré-concretização da cláusula geral de proteção da privacidade (*privacy*), que ocorre antes mesmo da análise judicial do caso. Isso

¹⁵⁹ DONEDA, Danilo. *Obra citada*, p. 10.

¹⁶⁰ O referido *Restatement* traz em seu § 652 a análise de três situações referentes à *privacy*. Essas análises são compostas por uma espécie de mandamento (que se assemelha, em forma, às normas positivadas que temos no Brasil) seguido de comentários. A título de exemplo, transcreveremos aqui uma dessas análises:

“§ 652C Appropriation of Name or Likeness

One who appropriates to his own use or benefit the name or likeness of another is subject to liability to the other for invasion of his privacy.

Comments:

a. The interest protected by the rule stated in this Section is the interest of the individual in the exclusive use of his own identity, in so far as it is represented by his name or likeness, and in so far as the use may be of benefit to him or to others. Although the protection of his personal feelings against mental distress is an important factor leading to a recognition of the rule, the right created by it is in the nature of a property right, for the exercise of which an exclusive license may be given to a third person, which will entitle the licensee to maintain an action to protect it.

b. How invaded. The common form of invasion of privacy under the rule here stated is the appropriation and use of the plaintiff's name or likeness to advertise the defendant's business or product, or for some similar commercial purpose. Apart from statute, however, the rule stated is not limited to commercial appropriation. It applies also when the defendant makes use of the plaintiff's name or likeness for his own purposes and benefit, even though the use is not a commercial one, and even though the benefit sought to be obtained is not a pecuniary one. Statutes in some states have, however, limited the liability to commercial uses of the name or likeness.” (http://cyber.law.harvard.edu/privacy/Privacy_R2d_Torts_Sections.htm - Acessado em 22/09/2010).

¹⁶¹ http://cyber.law.harvard.edu/privacy/Privacy_R2d_Torts_Sections.htm - Acessado em 22/09/2010.

demonstra que o sistema de direito norte-americano possui uma estrutura peculiar que permite que a tutela da privacidade da pessoa se dê por meio de uma cláusula geral.

No Brasil, como é sabido, vige um sistema de direito que guarda poucas semelhanças com a *common law* americana. O sistema de direito brasileiro faz parte da chamada “família romano-germânica”, a qual, em termos gerais, é caracterizada pelo primado da lei. A lei seria a fonte fundamental do direito, relegando as decisões judiciais a um papel secundário ou mesmo nulo no que se refere à criação do direito.¹⁶²

Essa concepção, no entanto, não é completamente correta. Conforme nos explica René David, mesmo nos países da família romano-germânica, a jurisprudência é uma importante fonte do direito. Porém, devido ao referido primado da lei nesse sistema de direito, esse poder criador que possuem as decisões judiciais muitas vezes aparece “disfarçado” sob a forma de mera interpretação da lei. A clareza da exposição realizada por David nos obriga a reproduzir aqui um trecho de sua obra:

Verificando-se a propensão atual dos juristas, em todos estes países, nos nossos dias, para procurarem apoio num texto de lei, o papel criador da jurisprudência dissimula-se sempre ou quase sempre atrás da aparência de uma interpretação da lei. Só excepcionalmente os juristas se afastam deste hábito e os juízes reconhecem francamente o seu poder criador de regras de direito.¹⁶³

Percebe-se, portanto, que a jurisprudência brasileira tem, de fato, o poder de criar regras de direito. Esse poder, porém, normalmente aparece dissimulado atrás uma mera interpretação da lei. Conforme observamos no item anterior, é exatamente isso que ocorre no tratamento jurisprudencial do direito à vida privada e à intimidade em nosso país. A partir de uma norma constitucional que claramente diferencia vida privada e intimidade, os tribunais brasileiros criam uma cláusula geral de proteção da privacidade nos moldes da *privacy* americana.¹⁶⁴

Conforme estudamos há pouco, o sistema de direito norte-americano possui uma estrutura peculiar, pois dispõe de instrumentos como o *Restament of the Law* e a particular regra do precedente (que permite ao Supremo Tribunal dos Estados Unidos e aos Supremos

¹⁶² DAVID, René. *Obra citada*, p. 119, 147-149.

¹⁶³ DAVID, René. *Obra citada*, p. 149.

¹⁶⁴ Como vimos *supra*, a grande maioria dos julgados brasileiros faz referência aos termos “vida privada” e “intimidade”, inclusive citando a norma constitucional que os garante como invioláveis, mas no momento de efetivamente aplicá-los ao caso concreto, acaba por tratá-los como sinônimos.

Tribunais dos estados desviarem-se de seus próprios posicionamentos jurisprudenciais). Essa estrutura permite que se conceba o direito à privacidade como uma cláusula geral, sem o risco de que este direito seja tratado de forma não uniforme ou desatualizada.

O trabalho de sistematização realizado pelo *Restatement of the Law* e o trabalho de atualização e de padronização da jurisprudência que é possível devido à peculiar regra do precedente americana, permitem que a privacidade seja tutelada através de uma cláusula geral única e esgotante (*privacy*).

No Brasil, como vimos, não dispomos dessa estrutura peculiar que marca o sistema de direito norte-americano. Como pudemos observar da análise de René David, o Brasil, enquanto membro da família romano-germânica, parece não conseguir lidar da forma mais positiva possível com o poder de criar regras de direito que possuem os tribunais.¹⁶⁵

Assim, o fato de a jurisprudência pátria criar e aplicar uma cláusula geral de proteção da privacidade, a despeito da distinção realizada pela lei e por parte da doutrina entre vida privada e intimidade, nos remete novamente ao problema de se desconsiderar os direitos especiais da personalidade e pretender tutelar toda a personalidade através de um direito geral de personalidade único e esgotante.¹⁶⁶

Conforme analisamos *supra*, conceber que a tutela de toda a personalidade se daria por meio de uma cláusula geral única e esgotante poderia representar um retrocesso, pois não haveria um mínimo inviolável fornecido pelos regimes particulares então desconsiderados. O mesmo raciocínio pode ser utilizado no que se refere ao direito à vida privada e à intimidade.

O *right to privacy*, enquanto uma cláusula geral única de proteção da privacidade, foi pensado e desenvolvido no âmbito da *common law* americana e se mostra adequado às peculiaridades desse sistema. A simples transferência dessa fórmula para o direito brasileiro, sem se observar as características próprias do nosso sistema jurídico, não parece adequada.

3.3 BREVE ANÁLISE DA RECEPÇÃO DE CONCEITOS ABERTOS COMO A “PRIVACY” PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

¹⁶⁵ DAVID, René. Obra citada, p. 149.

¹⁶⁶ “Os juristas e as legislações, principalmente para efeito de tutela dos direitos da personalidade, têm à sua opção dois caminhos: a tipificação dos direitos da personalidade conforme o atributo da personalidade a que se refiram (direito à vida, direito à integridade física, etc.) ou o chamado direito geral da personalidade, cuja grande construção deu-se na Alemanha. O melhor entendimento, entretanto, é que tais figuras não se destoam, antes se completam”. (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Direitos da Personalidade...*, p. 17).

A análise da jurisprudência brasileira nos demonstra que a falta de sistematização e de consenso acerca da concepção de direito à vida privada e à intimidade, fator que marca o tratamento doutrinário da questão, também tem reflexos nos tribunais do nosso país.

Não obstante a ressaltada confusão conceitual que existe a respeito do tema, há, conforme vimos *supra*, uma tendência da jurisprudência pátria no sentido de aproximar-se de uma concepção unitária do direito à vida privada e à intimidade, nos moldes da estudada cláusula geral norte-americana de proteção da privacidade (*privacy*).

Apesar da existência de mandamento constitucional que trata a vida privada e a intimidade como bens jurídicos distintos,¹⁶⁷ e do posicionamento de parte da doutrina nacional no sentido de consagrar a diferenciação estabelecida na Constituição,¹⁶⁸ certo é que nossa jurisprudência trata, na grande maioria das vezes, os referidos conceitos jurídicos indistintamente.

Assim, os termos privacidade, vida privada e intimidade são normalmente utilizados como sinônimos em nossos tribunais. Conforme observamos no item anterior, porém, o sistema de direito americano possui certas peculiaridades que justificam a utilização de uma cláusula geral de proteção da privacidade, peculiaridades estas que inexitem no sistema brasileiro.

Diante desse fato, devemos buscar o motivo pelo qual subsiste em nossa jurisprudência uma fórmula que foi pensada e desenvolvida para o direito americano e que, por isso, não parece perfeitamente adequada ao nosso sistema de direito.

Ao que nos parece, isso ocorre devido ao modo pelo qual conceitos jurídicos abertos, como o *right to privacy* americano, são recepcionados pelo Direito Brasileiro.

Sabemos que o vácuo normativo que existia em nosso país, no que diz respeito aos direitos da personalidade, só teve fim com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Até então, as disposições legais que visavam tutelar aspectos da personalidade da pessoa eram praticamente insignificantes.

Assim, aos problemas fáticos envolvendo vida privada e intimidade, o judiciário brasileiro tinha que oferecer respostas, mesmo inexistindo dispositivos de lei sobre o tema. Nesse contexto, destaca-se o papel da doutrina, sobretudo internacional, no tratamento jurisprudencial da questão.

¹⁶⁷ Art. 5º, X, Constituição Federal: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹⁶⁸ Conforme estudamos anteriormente, dois dos principais autores que defendem a distinção entre vida privada e intimidade são: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade...*, p. 305; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade...*, p. 273.

Conforme explica Rosalice Fidalgo Pinheiro, ao analisar a recepção de outra cláusula geral pela jurisprudência brasileira (boa-fé objetiva), “Para além do legalismo inscrito em sua primeira leitura, a jurisprudência incorpora os ensinamentos da doutrina estrangeira. Segundo Judith Martins-Costa, isso deve-se ao ‘bartolismo’ inscrito em nossa experiência jurídica mais remota, conferindo relevo ao argumento de autoridade.”¹⁶⁹

Nesse sentido, Sérgio Said Staut Júnior, refletindo sobre a construção jurídica do instituto da posse no Brasil, assim dispôs:

(...) o papel desempenhado pela doutrina na elaboração e no desenvolvimento do instituto da posse, ao longo da história do direito brasileiro, é de suma importância. Nos julgados brasileiros sobre a posse analisados (conforme tabelas anexadas no final do trabalho) o número total de citações a autores nacionais e estrangeiros é maior do que o total das referências a textos legislativos encontradas.¹⁷⁰

O recurso à doutrina estrangeira justifica-se, sobretudo em casos como o da boa-fé objetiva e do direito à vida privada e à intimidade, nos quais inexistia regulamentação legal, pois muitos manuais nacionais restringem-se à análise do direito posto, relegando a um segundo plano as novas situações que surgem no mundo fático.

A recepção de categorias jurídicas que foram recortadas da doutrina estrangeira e transpostas para os nossos tribunais, sem atentar para as peculiaridades do sistema jurídico para o qual essas categorias foram pensadas, pode se converter em uma fonte de equívocos.¹⁷¹ Nesse sentido, Rosalice Fidalgo Pinheiro, ainda analisando a recepção da boa-fé objetiva, sustenta:

Há nisso uma forma equivocada de recepção: considerando que o Direito é um produto cultural inscrito pela história, ele não é uma realidade passível de mera transmissão, mas por importar em uma existência social, envolve aprendizagem e assimilação. Da desconsideração desta especificidade, a boa-fé resta como “objeto material que se possa agarrar, transmitir e

¹⁶⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Obra citada*, p. 310.

¹⁷⁰ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no Direito Brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*, p. 123.

¹⁷¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Obra citada*, p. 337-338.

receber”, guardando em suas entrelinhas, o primeiro dos postulados do positivismo jurídico: a opção pelo direito que é, e não pelo que deva ser.¹⁷²

Podemos realizar o mesmo raciocínio desenvolvido por Rosalice Fidalgo quanto à boa-fé objetiva para compreender a recepção do *right to privacy* em nossa jurisprudência. Ora, conforme analisamos *supra*, o *privacy*, enquanto verdadeira cláusula geral de proteção da privacidade, é uma categoria pensada e desenvolvida para a *common law* americana, sendo que há uma série de peculiaridades neste sistema de direito que justificam a sua existência. As referidas peculiaridades, como já observamos, inexistem no sistema de direito brasileiro.

Assim, pensar que a mera transferência do *privacy* para o contexto jurídico brasileiro daria conta dos problemas aqui existentes é um equívoco.

A análise realizada responde o porquê da entrada da cláusula geral de proteção da privacidade, nos moldes da *privacy* americana, na jurisprudência brasileira, mas não explica o motivo pelo qual essa fórmula persiste em nosso sistema jurídico, provocando uma verdadeira confusão conceitual tanto na jurisprudência como na doutrina.

Conforme observamos no item anterior, apesar de no sistema jurídico brasileiro a jurisprudência não ocupar a posição principal como fonte do direito (como ocorre na *common law* americana), fato é que o nosso judiciário tem o poder de criar regras de direito.

Nesse sentido, Judith Martins-Costa analisa o modo como esse “poder criador” da jurisprudência é exercido em nosso país nos seguintes termos:

Diferentemente do que ocorre em outros países, entre nós os juízes recorrem, em suas decisões, a largas citações da doutrina, nacional ou estrangeira. Por essa via, os modelos doutrinários, largamente aceitos pela jurisprudência, **são convertidos em modelos jurídicos jurisprudenciais, estes sim marcadamente prescritivos**, “graças ao poder constitucionalmente conferido ao juiz”, assim dinamizando de maneira exponencial (ou, por vezes, cristalizando), as soluções oferecidas pela fonte legislativa, em si mesma estática.¹⁷³

(grifou-se)

¹⁷² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Obra citada*, p. 337.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, p. 193.

A autora, com invejável clareza, nos demonstra que determinadas fórmulas doutrinárias que passam a ser aceitas e reproduzidas pela jurisprudência, acabam se convertendo em modelos jurisprudenciais que se apresentam, de certo modo, como “cogentes”¹⁷⁴ (característica esta própria das normas jurídicas).

Rosalice Pinheiro, ao analisar a referida questão, sustenta, apoiada em Marcel Stati, que essa tendência “(...) se traduz em revestir o Código de uma ‘capa de jurisprudência’, nem sempre fiel ao texto legal, mas desempenhando a função de verdadeira lei”.¹⁷⁵

Percebemos assim, que apesar de não existir no Brasil uma regra do precedente expressa, tal como ocorre no direito americano (*stare decisis*), os posicionamentos jurisprudenciais consolidados em nossos tribunais tendem a se perpetuar, sendo reproduzidos indefinidamente.

Conforme observamos anteriormente, o sistema de direito norte-americano possui uma série de peculiaridades e uma regra do precedente desenvolvida, que permite a evolução e a adequação das decisões judiciais aos renováveis anseios da sociedade.¹⁷⁶

No Brasil, devido ao fato de a jurisprudência ser considerada, *a priori*, como uma fonte secundária do direito, não há essa preocupação em se mitigar o poder vinculativo das decisões judiciais precedentes. No entanto, da análise do real papel da jurisprudência brasileira, percebemos que além de consubstanciar-se como uma importante fonte de regras jurídicas, os modelos jurisprudenciais por ela criados a partir de fórmulas doutrinárias que passaram por seu crivo tendem a perpetuar-se, mediante uma reprodução muitas vezes mecânica dos prognósticos desenvolvidos por decisões precedentes.

Esse conjunto de fatores nos oferece uma possível explicação a respeito do motivo pelo qual a cláusula geral de proteção da privacidade, nos moldes da *privacy* americana, persiste no sistema jurídico brasileiro, sobretudo na jurisprudência.

¹⁷⁴ Cogente, aqui, como aquilo que é vinculativo, que não pode ser alterado. Sabemos, porém, que esse caráter cogente dos modelos jurisprudenciais é meramente relativo. O objetivo, portanto, ao se utilizar o termo, foi demonstrar a proximidade existente entre os modelos jurisprudenciais consolidados e as normas de direito.

¹⁷⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Obra citada*, p. 310.

¹⁷⁶ Estamos nos referindo, aqui, à possibilidade de o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e dos Supremos Tribunais dos estados desviarem-se de seus próprios posicionamentos jurisprudenciais, com o intuito de adequar a jurisprudência às novas correntes de pensamento e às novas necessidades que surgem no seio da sociedade. (DAVID, René. *Obra citada*, p. 490).

CONCLUSÃO

O percurso teórico até aqui desenvolvido nos permitiu esboçar algumas conclusões que, longe de pretender esgotar o tema, apresentam-se como meras provocações.

Percebemos ao longo do trabalho a necessidade de se superar aquele paradigma patrimonialista que prendia os direitos da personalidade a uma roupagem própria dos direitos patrimoniais e os tutelava tardiamente através do ressarcimento pecuniário.

No que concerne à conformação dos direitos da personalidade no ordenamento brasileiro, pareceu-nos mais oportuna aquela proposta que entende que o direito geral de personalidade e os direitos especiais da personalidade coexistem e aplicam-se harmonicamente. Assim, o direito geral de personalidade não seria único e esgotante, bastante em si mesmo, mas sim um “direito matriz ou direito fundante”¹⁷⁷, do qual decorreriam direitos especiais da personalidade relativamente autônomos (verdadeiras concretizações particulares da cláusula geral de personalidade), que coexistiriam com aquele.¹⁷⁸

No que tange ao direito à vida privada e à intimidade, observamos que existem duas correntes de pensamento principais: uma que, apoiada sobretudo na diferenciação realizada pela teoria das esferas, entende os termos vida privada e intimidade como distintos; outra que, devido à profusão do conceito americano de *privacy*, postula que os referidos termos devem ser entendidos como sinônimos e, portanto, tutelados de forma unificada.

Da análise da doutrina brasileira, pudemos observar que há uma total falta de sistematização no que concerne à referida questão. Essa falta de consenso doutrinário é evidenciada, por exemplo, pelo fato de vários autores, dignos da mais alta reverência acadêmica, conceberem os referidos direitos de maneiras diametralmente opostas.¹⁷⁹

Essa verdadeira confusão conceitual, não se restringe ao campo doutrinário, apresentando-se, também, em diversas decisões judiciais proferidas pelos nossos tribunais. Apesar dessa confusão conceitual também se refletir na jurisprudência pátria, ao analisar esta pudemos perceber uma tendência de se tratar o direito à vida privada e à intimidade de forma unificada. Na maioria das vezes, o judiciário brasileiro faz referência a ambos os termos, mas tende a tratá-los de forma unificada, como se a diferença entre vida privada e intimidade fosse meramente terminológica.

¹⁷⁷ CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica*, p. 185.

¹⁷⁸ MOTA PINTO, Paulo. *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade...*, p. 67-68.

¹⁷⁹ Fazemos referência, aqui, à diferença de posicionamento (evidenciada *supra*) de autores como: DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*, p. 111-112; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade...*, p. 273; SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade...*, p. 305.

A constatação da referida tendência dos nossos tribunais evidencia uma aproximação do tratamento oferecido a questões referentes à esfera privada da pessoa na jurisprudência brasileira com o *privacy* americano. No entanto, com base, principalmente, na obra de René David, observou-se que o sistema de direito americano (*common law* americana) possui uma série de peculiaridades que justificam a utilização de uma cláusula geral única e esgotante para a tutela da vida privada e da intimidade.¹⁸⁰ Observamos que, como exemplos dessas peculiaridades do sistema americano, têm-se o caráter particular da regra do precedente americana – que por aparecer mitigada possibilita a evolução e a adequação da jurisprudência – e a figura do *Restatement of the Law* – que, devido sua forte influência, apresenta verdadeiras pré-concretizações da cláusula geral de proteção da privacidade (*privacy*).

No Brasil, como vimos, não dispomos dessa estrutura peculiar que marca o sistema de direito norte-americano. Assim, o fato de a jurisprudência pátria criar e aplicar uma cláusula geral de proteção da privacidade nos moldes da *privacy*, a despeito da distinção realizada pela lei e por parte da doutrina entre vida privada e intimidade, nos remeteu novamente ao problema de se desconsiderar os direitos especiais da personalidade e pretender tutelar toda a personalidade através de um direito geral de personalidade único e esgotante.

Considerando que o *right to privacy*, enquanto uma cláusula geral única de proteção da privacidade, foi pensado e desenvolvido no âmbito da *common law* americana e se mostra adequado às peculiaridades desse sistema, concluímos que a simples transferência dessa fórmula para o direito brasileiro, sem se observar as características próprias do nosso sistema jurídico, não parece adequada.

Como pudemos perceber durante o desenvolvimento do trabalho, apesar de não existir no Brasil uma regra do precedente expressa – tal como ocorre no direito americano (*stare decisis*) –, os posicionamentos jurisprudenciais consolidados em nossos tribunais tendem a se perpetuar, sendo reproduzidos indefinidamente.

No Brasil, pelo fato de a jurisprudência ser considerada, *a priori*, como uma fonte secundária do direito, não há essa preocupação em se mitigar o poder vinculativo das decisões judiciais precedentes. No entanto, da análise do real papel da jurisprudência brasileira, percebemos que além de consubstanciar-se como uma importante fonte de regras jurídicas, os modelos jurisprudenciais por ela criados a partir de fórmulas doutrinárias que passaram por seu crivo tendem a perpetuar-se, mediante uma reprodução muitas vezes mecânica dos prognósticos desenvolvidos por decisões precedentes.

¹⁸⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas...*, p. 490 e ss.

Toda essa conjuntura é capaz de oferecer uma possível explicação a respeito do motivo pelo qual a cláusula geral de proteção da privacidade, nos moldes da *privacy* americana, persiste em nosso sistema jurídico, sobretudo na jurisprudência.

Percebe-se, portanto, que no que se refere ao tratamento oferecido ao direito à vida privada e à intimidade em nosso país, estamos diante do seguinte quadro: por um lado temos a distinção realizada pela Constituição entre vida privada e intimidade (numa aparente aproximação à teoria das esferas); por outro lado temos a adoção jurisprudencial de uma cláusula aberta de proteção da privacidade, que acaba por tratar os termos vida privada e intimidade como sinônimos.

Essa discordância que existe entre a legislação e a jurisprudência pátrias soma-se à falta de consenso que há no tratamento doutrinário da questão e resulta, assim, numa verdadeira confusão conceitual envolvendo os termos vida privada, intimidade e privacidade.

A ressaltada importância que tem a doutrina na criação de novos modelos jurídicos jurisprudenciais, assim como na produção ou revisão de dispositivos legais, imputa-lhe a responsabilidade de realizar uma profunda reflexão com o intuito de superar a relatada confusão conceitual que marca o tratamento do direito à vida privada e à intimidade no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. (trad. Ernesto Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1993.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAPELO DE SOUSA, R. V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica: seu sentido e limites*. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 2.ed., rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral – Pessoas*. Vol. 1, tomo III, Lisboa: Almedina, 2004.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Direitos da Personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver*. (Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná), Curitiba, 1993.

_____. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31-56.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade* (trad. Afonso Celso Furtado Rezende). Campinas: Romana, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* (trad. Hermínio A. Carvalho). 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35-60.

_____. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 51, 31/03/2008 [Internet] **Disponível em** http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460. Acessado em 10/03/2009.

DOTTI, René Ariel. *A liberdade e o direito à intimidade*. In: SENADO FEDERAL, *Revista de informação legislativa*. a. 17, n. 66. Brasília, 1980.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. In: *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 1, p. 77-90, 1992.

GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: Conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*. (trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea). Madri: Edersa, 1978.

LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 87-114.

MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil: Parte Geral*. 1º vol., 4. ed., rev., Coimbra: Almedina, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil Interpretado: Conforme a Constituição da República*. vol. 1, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MOTA PINTO, Paulo. *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *O Estado de Direito e os direitos da personalidade*. In: *Revista dos tribunais*. v. 532, 1980, p. 11-23.

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

_____. *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional* (trad. Maria Cristina de Cicco). 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*. (Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná), Curitiba, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. tomo VII, 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. (trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto Privato Italiano*. Napoli: Jovene Editore, 1974.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Direito, intimidade e vida privada: paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTORO-PASSARELLI, F. *Teoria Geral do Direito Civil* (trad. Manuel de Aragão). Coimbra: Atlântida Editora, 1967.

SARMENTO E CASTRO, Catarina. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais: A propósito da legalização de tratamentos de dados pessoais (incluindo videovigilância, telecomunicações e Internet) por entidades públicas e por entidades privadas, e da sua comunicação e acesso*. Coimbra: Almedina, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no Direito Brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*. (Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná), Curitiba, 2009.

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

TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23-54.

TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Réus, 1952.

WINIKES, Ralph; GEDIEL, José Antônio Peres; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. *O Direito da Personalidade à Própria Imagem e a Autonomia do Dano*. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, vol. 10, n. 1 (2010). Maringá: Cesumar, 2010, p. 51-68.

WINIKES, Ralph; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. *Aspectos controversos dos direitos da personalidade: as concepções e os meios de tutela*. In: Faculdade de Direito UFPR. *Anais da XI Jornada de Iniciação Científica*, nº 4, ISSN 1983-2028, 2009, p. 113-124.