

# DIREITO AO RESGUARDO: IMAGEM E VIDA PRIVADA

*Aline França Campos\**

**SUMÁRIO:** *Introdução; 2 Direito à Imagem; 2.1 Tutela Constitucional; 2.2 Tutela da Imagem da Criança e do Adolescente; 3 Direito à Vida Privada: Direito à Intimidade e Direito ao Segredo; 3.1 Direito à Intimidade; 3.2 Direito ao Segredo/Sigilo; 3.2.1 Sigilo de Correspondência, 3.2.2 Sigilo Telefônico; 3.2.3 Sigilo Bancário; 3.2.4 Sigilo Fiscal; 4 Conclusão; Referências.*

**RESUMO:** Apesar de o Código Civil de 2002 ter elencado um rol de direitos de personalidade, não há mais, frente à cláusula geral de tutela da pessoa humana inserida pelo princípio constitucional da dignidade, como se sustentar a teoria tipificadora. Essa interpretação constitucionalizada representa um passo à frente na tutela dos direitos de personalidade, hoje, tão devassados pelos avanços tecnológicos. Avanços esses que agredem com maior frequência e repercussão os direitos que dizem respeito ao resguardo pessoal, objeto do presente trabalho.

**PALAVRA-CHAVES:** Direitos de personalidade; Cláusula geral de tutela da pessoa humana; Direito à imagem; Direito à vida privada; Direito à intimidade; Direito ao Segredo/Sigilo.

## RIGHT TO STAFF SHELTER: IMAGE AND PRIVACY

**ABSTRACT:** Although the Civil Code of 2002 has listed a number of personality rights, no more, at the general clause of the introduced person guardianship by the principle of dignity constitution, as if supporting the theory concerns. This interpretation constitutionalized represents a step forward in the protection of personality rights today, as bawdy by technological advances. Advances which hits more often and passed the rights relating to shelter staff, object of this work.

---

\* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Especialista em Direito de Empresa pelo Centro de Atualização em Direito – CAD; Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG. Docente da Faculdade Estácio de Sá - Belo Horizonte, FESBH; Advogada. E-mail: alinefc3@yahoo.com.br

**KEYWORDS:** Rights of Personality; General Clause Supervision of the Person; Right of Image; Right of Privacy; Right to Privacy; Right to Confidentiality / Secrecy.

## **DERECHO AL RESGUARDO: IMAGEN Y VIDA PRIVADA**

**RESUMEN:** A pesar de que el código civil de 2002 tenga enumerado un rol de derechos de personalidad, no hay más, frente a la cláusula general de tutela de persona humana regida por el principio constitucional de dignidad, como custodiarse la teoría tipificadora. Esa interpretación constitucionalizadora representa una conquista en respecto a los derechos de personalidad, actualmente, tan comprometidos debido a los avances tecnológicos. Estos avances perjudican y repercuten, a menudo, en los derechos respecto al resguardo personal, objeto de estudio de este trabajo.

**PALABRAS-CLAVE:** Derechos de personalidad, Cláusula general de tutela de persona humana; Derecho a la imagen; Derecho a la vida privada; Derecho a la intimidad; Derecho al secreto/sigilo.

### **INTRODUÇÃO**

Os direitos de personalidade<sup>1</sup> foram introduzidos no Brasil mediante construções doutrinárias. O Código Civil de 1916 não abordava o tema, já o diploma de 2002 dedica um capítulo aos direitos de personalidade, tratando especificamente, no entanto, somente de alguns.

Todavia, apesar de a disposição expressa e sistemática dos direitos de personalidade, no âmbito privado, somente ter se dado com o advento do novo Código Civil, não se pode afirmar que tais direitos não tenham sido protegidos juridicamente no período anterior ao do diploma civil de 2002. Cite-se, por exemplo, a tutela conferida pela Constituição da República de 1988, pela Lei dos direitos autorais

---

<sup>1</sup> Pra Maria de Fátima Freire de Sá, valendo-se das lições de Limongi França: Por direitos de personalidade entendem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior. (SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Personalidade civil do ser humano e direitos da personalidade. Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5/6, 2000, p. 197). No mesmo sentido, Francisco Amaral: Direitos de personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000, p. 245).

(Lei 9.610/98), pela legislação que coíbe os abusos da imprensa (Lei 5.250/67) e, até mesmo, pelo Código Penal e pelas Leis extravagantes penais que protegem a vida, a integridade física, a honra e a imagem dos indivíduos<sup>2</sup>.

A localização dos direitos de personalidade, na parte geral do Novo Código, demonstra uma mudança do paradigma do Direito Civil, em que a proteção da pessoa humana é o valor máximo do ordenamento<sup>3</sup>.

Encontram-se elencados, no diploma civil, os direitos à integridade física, ao nome, ao pseudônimo, à imagem, à honra e à privacidade. Mas, essa ótica tipificadora deve ser rompida pelo intérprete ao se tratar da questão sob o prisma civil-constitucional. Devido à cláusula geral de tutela da pessoa humana, inserida pelo princípio constitucional da dignidade<sup>4</sup>, não há mais como se sustentar a teoria tipificadora de De Cupis, nem como se discutir se o rol dos direitos da personalidade, trazido pelo CC/2002, é taxativo ou exemplificativo.

Os artigos 12 e 21 do CC/02 ainda trazem outras duas cláusulas gerais de proteção. O primeiro estabelece a possibilidade de cessação da ameaça ou da lesão a direitos de personalidade, bem como do ressarcimento pelos prejuízos causados. E o segundo prevê a inviolabilidade da vida privada e a possibilidade de impedir ou fazer cessar ato contrário a essa inviolabilidade.

Os dispositivos mencionados, por si só, não trazem grandes inovações, já que qualquer lesão ou ameaça de lesão enseja a tutela jurisdicional através do exercício do direito público subjetivo de ação (art. 5º, XXXV da CR/88) e que a vida privada já é constitucionalmente inviolável conforme art. 5º, *caput* e inciso X da Constituição da República. Essas normas se revestem de significado se interpretadas como especificação da cláusula geral constitucional que tutela os direitos de personalidade no art. 1º, III (a dignidade humana como valor fundamental da República Federativa do Brasil) e do art. 5º, § 2º (modo de expansão do rol dos direitos fundamentais), ambos da CR/88. É a partir dessa perspectiva que deve ser promovida a tutela da personalidade, ainda que fora do rol de direitos previstos no Código Civil de 2002<sup>5</sup>, o qual, repita-se, é *numerus apertus*. É nesse sentido que também se posiciona Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

A afirmação da cidadania e da dignidade da pessoa humana

<sup>2</sup> MIRAGEM, Bruno. Os direitos de personalidade e os direitos do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 13, n. 49, p. 48, jan./mar. 2004.

<sup>3</sup> DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2003. p. 35.

<sup>4</sup> MORAES, Maria Celina de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2003.

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. **Revista Jurídica** 305, Porto Alegre, mar. 2003. p. 27.

como princípios constitucionais (art. 1º, II e III), juntamente com a proclamação da igualdade e da liberdade dão novo conteúdo aos direitos de personalidade, realçando a pessoa humana como ponto central da ordem jurídica brasileira<sup>6</sup>.

Para muitos, a inscrição no texto constitucional dos direitos de personalidade é o melhor caminho legislativo. Nessa esteira, a elevação ao status de princípio fundamental de muitos desses direitos torna mais efetiva a proteção à dignidade humana.

No entanto, vale ressaltar que, apesar da imediata relevância constitucional dos direitos de personalidade e dos pontos de coincidência com os direitos fundamentais, eles não se confundem<sup>7</sup>. Os direitos fundamentais, pertencentes ao domínio do direito constitucional, possuem incidência publicística, ainda quando os efeitos recaem nas relações entre particulares. Enquanto os direitos de personalidade, que estão sob a regência do direito civil, incidem privativamente, ainda quando concomitantemente incidam também os efeitos dos direitos fundamentais.

Passe-se, então, ao direito ao resguardo pessoal, ponto central do presente estudo. Adriano De Cupis o definiu como sendo a maneira de ser da pessoa. Senão, veja-se: “Resguardo pode ser definido como sendo o modo de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere somente a ela”<sup>8</sup>.

Os direitos à imagem, à intimidade e ao segredo são manifestações do direito ao resguardo.

## 2 DIREITO À IMAGEM

O direito à imagem teve sua origem jurisprudencial em 16 de junho de 1858 através da decisão proferida pelo Tribunal de *Seine* no caso que envolveu a atriz francesa Rachel. Já a origem doutrinária se deu em 1874 na Itália. Hoje, é direito legislado em quase todos os ordenamentos. No Brasil, é consagrado pela jurisprudência e doutrina, além de estar previsto no corpo da Constituição da República

<sup>6</sup> FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lúmen Júris, 2006. p. 102.

<sup>7</sup> sentido contrário Valério Augusto Ribeiro:

Importante reforçar que os termos “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos” são sinônimas do termo “direitos de personalidade” ou “direitos personalíssimos”, e utilizados pelos autores sem muito rigor conceitual. (RIBEIRO, Valério Augusto. Os direitos de personalidade vistos sob a perspectiva da dicotomia clássica direito público/ direito privado. In: FIÚZA, César (coord.). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo, SP: IOB Thomson, 2004. v. 1. p. 78).

<sup>8</sup> CUPIS, Adriano de. **Os direitos de Personalidade**. Campinas, SP: Romana, 2004. p. 139.

de 1988 e do Código Civil de 2002.

No século XX é que se observou o maior desenvolvimento do direito à imagem, ficando ele, por isso, conhecido como século da civilização da imagem pelos motivos expostos por Silma Berti:

O século XX, que abriu a civilização da imagem, presença o acelerado desenvolvimento tecnológico provocar, na vida do homem, as mais revolucionárias mudanças, alterando-lhes profundamente a vida social e econômica, encurtando distâncias, ampliando intensamente os horizontes humanos no universo e, ao mesmo tempo, acobertando, estimulando e facilitando o devassamento da vida privada. Nesse contexto, a preservação e a proteção da imagem passaram a constituir-se em um dos grandes desafios da sociedade contemporânea.<sup>9</sup>

Imagem é a forma plástica e os respectivos componentes identificadores da pessoa, como o rosto, os olhos, o perfil, o busto, a voz. Ou seja, são as características físicas, a voz e os comportamentos que individualizam o indivíduo no meio social.

Pode-se compreender a imagem, devido a essa elasticidade conceitual, sob três aspectos diversos:

- 1) imagem-retrato, que se refere às características fisionômicas (elementos visíveis) do indivíduo, captadas, por exemplo, pelas fotografias ou filmes;
- 2) imagem-atributo<sup>10</sup>, que é o conjunto de características representadas pelos qualificativos sociais e pelo comportamento do titular, que distinguem a pessoa no meio social. É como as pessoas enxergam o indivíduo no seu modo de ser, e, não no tocante às suas características físicas; e
- 3) imagem-voz, que é composta pelo timbre de voz do titular.

<sup>9</sup>BERTI, Silma Mendes. Fragilização dos Direitos da Personalidade. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 3, n. 6, 2001, p. 246 e 247.

<sup>10</sup> Um exemplo jurisprudencial de proteção da imagem-atributo é o da apresentadora Xuxa, que ajuizou ação com pedido de proibição da comercialização do filme "Amor, estranho amor", em que são exibidas cenas eróticas gravadas antes de a apresentadora solidificar sua imagem-atributo junto ao público infantil. Veja-se o que decidiu o tribunal fluminense: Após o lançamento da fita (no cinema), ocorrido em 1982, a autora (Xuxa) se projetou, nacional e internacionalmente, com programas infantis na televisão, criando uma imagem que muito justamente não quer ver atingida, cuja vulgarização atingiria não só ela própria como as crianças que são o seu público, ao qual se apresenta como símbolo da liberdade infantil, de bons hábitos e costumes, e da responsabilidade das pessoas. (TJ/RJ, ApCív. 3819/91, rel. Des. Thiago Ribas Filho, j. 27.2.92). Exemplo citado em nota de rodapé das p. 132 e 133 por FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lúmen Júris, 2006.

A tutela da imagem independe da ofensa, do dano ou de um eventual fim comercial que possa lhe ser dado. É nesse sentido que se manifestou o legislador no art. 20 do CC/2002, ao trazer a possibilidade de proibição da exposição ou utilização da imagem, sem prejuízo da indenização nos casos em que a divulgação atingir a honra do titular do direito ou tiver fins comerciais.

Ressalta Sergio Martins Rston<sup>11</sup> que a expressão “[...] ou se destinarem a fins comerciais”, do mencionado dispositivo legal, se mostra despicienda vez que, ainda que imagem for utilizada para fins filantrópicos, ausente a autorização de seu titular, possibilita-se ao ofendido a reparação do dano. Semelhante observação apresenta em relação à necessidade da honra do titular da imagem ser ofendida. A simples exibição da imagem, sem a devida autorização, caracterizaria uma violação ao direito de imagem, motivo pelo qual nasceria o dever de indenizar, ainda que a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo não tenham sido atingidas.

Quanto à disponibilidade, temos que o direito de dispor é característico do direito à imagem. Tal disponibilidade, no entanto, é limitada pela impossibilidade de o sujeito dela se privar. Logo, consentir que determinadas pessoas exerçam parcelas do direito à imagem, seja para divulgação ou comércio, não significa que há cessão de titularidade ou renúncia ao direito. Essa situação é a que ocorre cotidianamente com artistas, atletas e políticos, em publicidades e revistas.

Assim, o consentimento do titular do direito à imagem torna sua utilização devida e revestida de legalidade. Consentido o uso de sua imagem, o titular está exercendo sua liberdade de não usar as prerrogativas de se opor à reprodução.

Tem-se admitido o consentimento tácito, ainda que se exija prudência e razoabilidade na interpretação da vontade, através de indícios e circunstâncias que autorizem presumir a anuência do titular. Isso ocorre usualmente com aqueles que, por exemplo, se deixam fotografar ou filmar, sabendo que a câmera que está registrando o evento é de uma emissora de TV ou de uma revista.

A disposição, no entanto, não pode ser permanente nem genérica e tampouco pode violar a dignidade do titular. Ademais, a eficácia do consentimento da reprodução e divulgação está adstrita aos limites em que ele for dado. Sendo assim, o consentimento é eficaz somente em relação à pessoa à qual foi dado e nos limites da finalidade estabelecida. Nesse contexto são pertinentes os exemplos dados por De Cupis:

Pode acontecer também que alguém se deixe retratar para que uma pessoa querida conserve de si uma recordação, mas não para que o seu retrato ande de mão em mão, tornando-se

---

<sup>11</sup> RSTON, Sergio Martins. Dano à imagem e as tutelas inibitórias e ressarcitória. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 14, jul./dez., 2004. p. 93.

um objeto visível para todos. E pode ainda acontecer que se consinta em determinados modos de difusão da própria imagem e não em outros diferentes. Assim, a permissão para expor um retrato na vitrina de um fotógrafo não autoriza a reproduzi-lo em bilhetes postais.<sup>12</sup>

Pelos exemplos dados por De Cupis, nota-se que o direito à própria imagem se sobrepõe ao direito de autor, isso porque o autor nunca poderá alegar suposto direito autoral de modo a violar o direito ao resguardo do indivíduo.

Quanto aos limites do consentimento, o mesmo pode ser dito sobre o direito de arena, que tutela a exibição de atividades esportivas<sup>13</sup> (art. 42 da Lei 9.615/98 c/c art. 5º, XXVIII, “a” da CR/88). A autorização para divulgação da imagem, em decorrência do direito de arena, não possibilita a divulgação da mesma por outras formas que não sejam aquelas previstas na autorização. Nesse sentido, posicionou-se a jurisprudência ao reconhecer que a transmissão de jogos de futebol não ensejava o uso da imagem dos jogadores em álbuns de figurinhas. Vale colacionar um dos arestos do caso clássico do álbum de figurinhas “Heróis do Tri”, que reunia imagens dos atletas campeões mundiais de futebol da Copa do Mundo de 1970. Alguns dos atletas, pessoalmente ou através de seus herdeiros ou sucessores, em face da falta de autorização para a vinculação de suas imagens a álbum de figurinhas, ajuizaram ação indenizatória contra a editora responsável pela publicação:

Direito à imagem. Direito de arena. Jogador de futebol. Álbum de figurinhas. O direito de arena que a Lei atribui às entidades desportivas limita-se à fixação, transmissão e retransmissão do espetáculo desportivo público, mas não compreende o uso da imagem dos jogadores fora da situação específica do espetáculo, como na reprodução de fotografias para compor álbum de figurinhas.<sup>14</sup>

As fotos ou vídeos feitos pelo público, no entanto, não estão sujeitos à incidência do direito de arena, vez que, nessa hipótese, há somente um interesse pessoal dos fãs em ter uma recordação pessoal de seu ídolo. É preciso, entretanto, que esses fãs não transmitam ou utilizem as imagens com uma finalidade patrimonial,

<sup>12</sup> CUPIS, Adriano de. **Os direitos de Personalidade**. Campinas, SP: Romana, 2004. p. 146.

<sup>13</sup> Nesse sentido, a lição de Mariana Santiago e Marcos Porto:

O direito de arena é uma criação jurídica destinada especificamente para atividades esportivas, sendo que nenhuma outra atividade, qualquer que seja, pode valer-se desse direito. (SANTIAGO, Mariana Ribeiro; PORTO, Marcos Dolgi Maia. Direito arena. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 22, abr./jun. 2005, p. 224).

<sup>14</sup> STJ, Ac. 4º T. Resp. 46420, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 5.12.94. p. 33.565.

pois, nesta situação, não haveria como se afastar o direito de arena.

Ao titular do direito à imagem que não tiver consentido a utilização da mesma é lícito, além da indenização pelo uso indevido, exigir de volta os negativos das fotos ou os originais do filme, ou ainda, seguindo os avanços tecnológicos, o chip em que foram armazenadas as fotos ou os vídeos, já que o consentimento engloba tanto a divulgação como a captação.

Quando de fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público ou que ocorrem em público, o consentimento do titular da imagem é dispensado se sua imagem estiver inserida em um contexto genérico, sem que se tenha uma individualização. No entanto, se a imagem dessa pessoa que está no evento público for focalizada em um plano diferenciado, tal autorização se torna imprescindível; caso contrário estar-se-ia diante de uma violação ao direito de imagem.

As pessoas cuja vida é pública são as mais vulneráveis à violação do direito a sua própria imagem, sendo, assim, as que mais nutrem a jurisprudência.

A Lei brasileira não faz nenhuma menção quanto à dispensa de consentimento das pessoas públicas e notórias. No entanto, a dispensa estabelecida por algumas Leis estrangeiras coincide com a consciência geral de juridicidade que espontaneamente é seguida. Gitrama González, citado por Silma Mendes Berti<sup>15</sup>, traz três requisitos que devem ser observados concomitantemente para ensejar a publicação de imagem das pessoas públicas sem o consentimento das mesmas: 1) a pessoa deve ser popular, pública e notória; 2) a divulgação deve obedecer exclusivamente à finalidade de satisfazer a exigência pública de informação; 3) as imagens difundidas sem o consentimento do sujeito não podem se referir à vida estritamente privada dele.

Enfim, o direito à imagem das chamadas celebridades sofre uma flexibilização, já que a coletividade tem interesse em conhecer a vida de tais pessoas. Isso, no entanto, não significa que famosos não possam sofrer violação à imagem quando o uso da mesma se der fora dos padrões sociais, fora do contexto jornalístico ou ainda quando os denominados “papparazzis” entram no refúgio íntimo da personalidade.

Outra situação muito freqüente é a divulgação pela polícia de pessoas detidas por envolvimento em fatos criminosos, quando ainda se está na fase de apuração da autoria. Essas pessoas são submetidas a um julgamento público, que pode lhes imprimir a pecha da desonestidade e da periculosidade que, dificilmente, será desfeita, ainda que tais pessoas venham a ser absolvidas. Assim, não obstante o interesse público, expresso na necessidade de investigações criminais, este procedimento não é, em regra, lícito. Tal ilicitude, no entanto, não ocorre quando for divulgado retrato de um foragido, uma vez que se trata de indivíduo já condenado,

<sup>15</sup>BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1993, p. 56.



bem como de procurados pela polícia acusados da prática de crimes, com prisão cautelar decretada. Nessa hipótese, os interesses de administração da justiça e manutenção de ordem pública devem preponderar.

Já no tocante à extrapatrimonialidade do direito à imagem, entende-se este direito sob um duplo aspecto. O primeiro como um direito de personalidade extrapatrimonial, em que se tutelam interesses morais, sendo o direito à imagem intransferível. E o segundo como um direito patrimonial em que são assegurados interesses materiais, sendo sob essa ótica transferível o direito sobre a efigie. Esse último aspecto pode ser entendido como o direito que o titular tem de tirar proveito econômico de sua própria imagem. Esses reflexos econômicos, no entanto, não se sobrepõem ao interesse moral, mas fundamentam a possibilidade da lesão do direito à imagem poder, em alguns casos, ser reparada em dinheiro e o consentimento para a exploração econômica da efigie.

Com a morte do titular do direito à imagem, este se extingue. No entanto, certos parentes e o cônjuge ou companheiro(a) do *de cujus* têm o direito de consentir ou não na reprodução, divulgação ou venda da imagem daquele. Entende-se que o direito à imagem não é transferido para aqueles que se encontram em relação de parentesco. Esses não exercem um direito do morto, mas um direito próprio. Veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no processo em que as filhas de “Garrincha” pleitearam indenização decorrente da publicação do Livro “Estrela Solitária – Um brasileiro chamado Garrincha”:

Civil. Danos morais e materiais. Direito à imagem e à honra de pai falecido.

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade.

Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula.

Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postulare indenização em juízo, seja por dano moral, seja por

dano material.

Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

Segundo recurso especial das autoras não conhecido.

Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido.<sup>16</sup>

O direito à imagem, bem como os demais direitos de personalidade, é intransmissível. Isso, no entanto, não impede que os herdeiros ou sucessores da pessoa falecida defendam sua imagem em qualquer de seus aspectos.

## 2.1 TUTELA CONSTITUCIONAL

A primeira vez que a imagem foi tutelada expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro foi em 1988 no texto da Constituição da República Federativa do Brasil. Tal tutela foi conseqüência do avanço tecnológico do século XX, que possibilitou o devassamento da vida privada, cuja contensão passou a ser um dos grandes desafios da sociedade contemporânea.

Como salienta Silma Berti, “o dispositivo inovador é o art. 5º, que, nos incisos V, X e XXVIII, “a”, veio preencher o vazio jurídico em que se achava mergulhado o direito à imagem”<sup>17</sup>. A Constituição, assim, não só assegurou a inviolabilidade da imagem como também declarou o direito à indenização pelo dano, seja material ou moral, em virtude da violação ao direito de imagem; e a proteção à sua reprodução em atividades esportivas (direito de arena).

Na mesma esteira das normas constitucionais, posicionou-se o legislador do Código Civil de 2002. Nos termos do art. 20 do CC/02, a publicação, a exposição ou a utilização da imagem podem ser proibidas, ressalvadas as hipóteses de consentimento do titular do direito à imagem ou em que a divulgação for necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. Também não deixou o legislador infraconstitucional de prever indenização quando houver ofensa à honra, à boa fama ou à respeitabilidade, ou ainda, quando houver finalidade econômica na divulgação.

## 2.2. TUTELA DA IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O legislador infraconstitucional, traduzindo o propósito constitucional de proteger a criança e o adolescente de forma especial, estabeleceu no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 17 da Lei 8069/1990) a preservação da imagem

<sup>16</sup> REsp 521.697/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 4º T., julgado em 16.02.2006, DJ 20.03.2006 p. 276.

<sup>17</sup> BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1993. p. 118.

como um dos direitos fundamentais.

Questão delicada é saber se a criança e o adolescente são capazes ou não de exercer o direito sobre sua própria imagem ou manifestar sua vontade de não exercê-lo. A resposta está na teoria das capacidades.

O artigo 3º do Código Civil de 2002, no que tange ao critério etário, considera absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos. Relativamente incapazes são os maiores de 16 anos e menores de 18 anos (art. 4º do CC/02). O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, define como criança o menor de 12 anos incompletos e como adolescente aquele entre 12 e 18 anos. Assim, a criança deve sempre ser representada no exercício dos direitos decorrentes da utilização de sua imagem, assim como o adolescente menor de 16 anos. Já os maiores de 16 anos devem ainda ser assistidos.

Quando a imagem publicada for de menor nu, seminu ou em poses sensuais, ainda que esteja representado ou assistido por representante legal que autorize a divulgação, a questão se torna mais complexa. Para muitos se estaria diante de uma obra pornográfica, o que, nos termos do art. 241 da lei 8.069/1990, configuraria crime, punido com reclusão de um a quatro anos. Todavia, a questão não pode ser resolvida sob fundamentos generalizantes, sendo que a solução deve estar pautada no caso concreto. Imagine-se o caso de um bebê participando de uma campanha publicitária de fraudas, o que, por óbvio, não se enquadra no tipo penal em questão, por inexistir qualquer conotação pornográfica na exposição de seu corpo.

### **3 DIREITO À VIDA PRIVADA: DIREITO À INTIMIDADE E DIREITO AO SEGREDO (SIGILO)**

A inviolabilidade da vida privada também é tutelada pela Constituição (art. 5º, X) e pelo Código Civil de 2002 (art. 21). Modernamente, devido aos avanços tecnológicos, a vida privada tem sofrido diversos ataques. O dano é maior quanto mais renomada e conhecida for a vítima. No entanto, todos, independentemente de sua fama e notoriedade, gozam de proteção, podendo a violação gerar indenização. Assim, ao contrário do que se dá com o direito à imagem, não há flexibilização da proteção da vida privada quando se tratar de celebridades e políticos, especialmente em situações sem qualquer nexos causal com a atividade profissional.

O direito à vida privada consiste no direito de viver a sua vida em isolamento, obstando o conhecimento de terceiros no aspecto amoroso, familiar, religioso, sentimental, além das intervenções do Estado. Ou seja, a proteção da vida privada visa a salvaguardar da curiosidade indevida de terceiros tudo o que se refere à es-

fera íntima da pessoa, mantendo-se, assim, um resguardo das questões pessoais.

Os direitos à intimidade e ao segredo são manifestações do direito à vida privada, ou seja, esse é gênero do qual aqueles são espécies.

Da distinção entre vida privada e intimidade, Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>18</sup> faz importante ponderação no que se refere às pessoas jurídicas. Elas somente teriam resguardado o direito à privacidade, vez que não possuem alma ou consciência, seara da intimidade. Diferentemente do ser humano, sua individualidade não alcançaria um íntimo pessoal. Teriam amparo somente a existência funcional e a institucional próprias da pessoa jurídica, nas quais estão compreendidos dados, informações e projetos não suscetíveis de compartilhamento, salvo decisão em contrário da própria entidade - conteúdo este abarcado pela vida privada.

### 3.1 DIREITO À INTIMIDADE

Ainda que os conceitos de intimidade e vida privada estejam interligados, os mesmos podem ser diferenciados pelo menor grau de amplitude do primeiro. No âmbito da vida privada, estão os fatos pessoais que devem permanecer ocultos ao público, mas que são compartilhados com aqueles com os quais se mantêm relações pessoais. Em contrapartida, no âmbito da intimidade, estão os fatos pessoais que não são compartilhados nem mesmo com os mais próximos. Assim, o direito à intimidade tutela as informações que dizem respeito apenas ao titular. Kildare Gonçalves Carvalho traz um claro exemplo de violação desse último direito, qual seja: o pai que lê o diário de sua filha adolescente ou que devassa o sigilo de suas ligações telefônicas<sup>19</sup>.

No que se refere ao consentimento expresso à divulgação de fatos de sua intimidade, podem ser feitas as mesmas considerações já aduzidas ao direito à imagem: a exposição da intimidade da pessoa só pode dar-se nos estritos termos da autorização.

A violação ao direito à intimidade pode gerar tanto danos materiais como morais. A exigibilidade da reparação de tais danos pertence àquele que os sofreu.

José Adércio Leite Sampaio traz inúmeros exemplos de danos materiais. Vejam-se alguns:

[...] a pessoa que teve aspectos de sua intimidade, não apenas sua imagem e nome, utilizados por meio de comunicação para fins lucrativos, publicitários ou não, sofreu uma diminuição patrimonial correspondente ao lucro que poderia

<sup>18</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário. **Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez, n. 20, jul./ago. 2003. p.18-19.

<sup>19</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição, Direito constitucional positivo. 12. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2006. p 506.

obter com a cessão onerosa dessas informações. Assim também a publicação de diários íntimos, sem a autorização do autor, importa prejuízo patrimonial.<sup>20</sup>

Nessas hipóteses, o autor esclarece que no cálculo da indenização deve-se considerar a notoriedade daquele que teve seu direito violado. Assim, quanto mais conhecido for, mais elevados devem ser os valores indenizatórios, já que maior terá sido o interesse do público e, conseqüentemente, maior terá sido o lucro do agente.

Questão que ainda merece menção no tocante à proteção da intimidade e da vida privada diz respeito à violação desses direitos no âmbito das relações de consumo. Veja-se a correlação realizada por Silma Berti<sup>21</sup> entre os direitos do consumidor e os direitos de personalidade:

Os direitos do consumidor seriam, em parte, concretização dos direitos de personalidade, salvaguardados pela Constituição da República. Aponta Berti alguns exemplos:

1) O art. 5º, V da CR/88, que estabelece ser “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, é concretizado no Código de Defesa do Consumidor pelo art. 6º, VI, que prevê “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

2) O art. 5º, X da CR/88, que aduz serem “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”, também é concretizado no CDC pelo art. 6º, VI.<sup>22</sup>

Para a autora, a privacidade tem sofrido grande devassa através da constituição dos arquivos de consumo – dos quais são espécies os bancos de dados e os cadastros de fornecedores –, que comportam informações de caráter pessoal. Por meio deles, organismos públicos e privados e, até mesmo, alguns indivíduos têm acesso a informações pessoais, que podem ter caráter confidencial. Vejam-se exemplos enumerados por ela:

<sup>20</sup>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, MG: Del Rey, 1998. p. 439.

<sup>21</sup>BERTI, Silma Mendes. O código de defesa do consumidor e a proteção dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte, MG: Del Rey, v. 3, n. 3, p. 105-115, 1996.

<sup>22</sup>BITTAR, Eduardo C. B. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 33, jan./mar. 2000. p. 184.

Testes informatizados, controle médico aos quais se submetem candidatos a emprego; informações relativas aos chamados incidentes no pagamento de dívidas; a distribuição (indiscriminada e inconstitucional) dos fichários de endereço (malas diretas) são apenas alguns exemplos dos atos atentatórios à liberdade do consumidor, limitada, assim, à satisfação do direito que os destinatários da informação poderiam fazer valer.<sup>23</sup>

O consumidor tem o direito de ser informado, por escrito, sobre a abertura de banco de dados ou cadastros de fornecedores, quando não for ele que tiver fornecido os dados e solicitado tal abertura (art. 43, § 2º da Lei 8078/1990). Assim, nos termos da lei, a mera comunicação prévia por escrito é suficiente para conferir licitude ao lançamento e registro dos dados do consumidor<sup>24</sup>.

Apesar de o Código de Defesa do Consumidor ter sido omissivo quanto ao momento para a realização da comunicação ao consumidor de sua inscrição em bancos de dados, o Superior Tribunal de Justiça<sup>25</sup> já se manifestou sobre a questão. O consumidor deve ser informado previamente, ou seja, antes do efetivo registro de seus dados no banco, vez que somente assim teria ele oportunidade para contestar ou impugnar tal registro, evitando, assim, lesões a direitos de personalidade. Repassar a terceiros informações, não raras às vezes, situadas no âmbito da vida privada e da intimidade do consumidor, antes de conferir a ele oportunidade de contestá-las, é prática temerária, que desconsidera por completo a relevância e a importância dos direitos de personalidade<sup>26</sup>.

A simples comunicação, no entanto, não supre o consentimento do indivíduo, que é fundamento dos direitos de personalidade. Assim, inexistindo tal consentimento, ressalvados os casos de inclusão compulsória nos cadastros de serviço de proteção ao crédito (art. 43, § 4º, da Lei 8.078/90), o ato do registro de dados pessoais de consumidores seria atentatório. A questão da falta de consentimento se torna mais expressiva especialmente no tocante aos bancos de dados em que

<sup>23</sup> BERTI, Silma Mendes. O Código de defesa do consumidor e a proteção dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte, v. 3, n. 3, 1996. p. 114.

<sup>24</sup> No tocante a esse tema, há discussão, se a regularidade da inscrição do consumidor em arquivos de consumo estaria condicionada ao seu prévio consentimento (opt in), ou se a inclusão poderia ocorrer desde logo, sem a anuência do consumidor, que teria o direito de requerer a retirada das informações já registradas, quando da comunicação do registro (opt out). Parece-nos mais adequada a primeira hipótese, tendo-se em vista o preceituado pelo CDC, no seu art. 43, § 2º, senão vejamos: "A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele".

<sup>25</sup> REsp 165727/DF, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 16.06.1998, DJ 21.09.1998 p. 196; REsp 373219/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 28.05.2002, DJ 12.08.2002. p. 218.

<sup>26</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. Os bancos de dados de proteção ao crédito na visão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 63, jul./set. 2007. p. 217.

as informações advêm, em regra, dos fornecedores, ao contrário do que ocorre nos cadastros de consumo em que tais informações são oferecidas pelo próprio consumidor.

Vale, ainda, salientar que a questão está se tornando cada dia mais complexa, devido, não só à formação, mas à crescente difusão e comercialização dos arquivos de consumo. Veja-se o exemplo dos cadastros de consumo. Apesar de ser o próprio consumidor que oferece seus dados a determinado fornecedor, isso não autoriza este último a difundir e comercializar tais informações. O destinatário dos dados é aquele fornecedor específico que colheu as informações, vez que objetiva-se, em regra, com a formação dos cadastros em questão criar uma comunicação maior entre consumidor e fornecedor, que poderá informar aquele sobre liquidações, chegada de novos produtos ou prestação de novos serviços etc. Assim, a divulgação e comercialização de tais cadastros sem o consentimento do consumidor configura prática ilegítima.

Entretanto, essa inscrição não autorizada da pessoa nos arquivos de consumo tem ensejado diversos provimentos jurisdicionais, tais como a proibição cautelar de inscrição dos dados, a determinação de retiradas das informações já registradas e a indenização por danos morais causados em virtude da divulgação, ainda que em, meio restrito, das informações<sup>27</sup>.

Apesar do papel relevante dos arquivos de consumo, resta clara a necessidade de controle dos mesmos, vez que não há como se negar a potencialidade lesiva que representam a direitos de personalidade, como a honra, a vida privada e especialmente a intimidade. Assim, uma vez inobservados os requisitos ou extrapolados os limites, sejam eles de caráter constitucional ou infraconstitucional do Código de Defesa do Consumidor, fornecedores e entidades responsáveis pela formação dos arquivos de consumo estarão atuando de maneira que não é legítima.

Mas, não é somente no âmbito dos arquivos de consumo que podem ser vislumbradas violações a direitos de personalidade nas relações consumeristas. Um bom exemplo de violação do direito à intimidade e também do direito ao sigilo bancário em relações de consumo é encontrado na Apelação Cível nº 2002.001.09441, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *litteris*:

Processual Civil. Ação de indenização por danos morais. Cabo do exército que, inadimplente, tem o seu sigilo bancário rompido por informações do estabelecimento de crédito ao seu comandante. Dano moral indiscutível. *Damnum in re ipsa*. Valor da indenização que, no entanto, deve ser fixada nos limites da razoabilidade e dentro dos parâmetros

<sup>27</sup> MIRAGEM, Bruno. Os direitos de personalidade e os direitos do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, n. 49, jan./mar. 2004. p. 63.

estabelecidos pela Câmara. Provimento parcial do recurso para reduzir a verba indenizatória. 1. O Excelso Pretório consagra o princípio de que o direito à intimidade – que representa importante manifestação dos direitos da personalidade – qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada; 2. Assim, se o estabelecimento de crédito, ainda que por solicitação do Comando Militar, fornece informações da vida privada do correntista, expondo-o perante a Corporação e o desmoralizando diante dos colegas de farda, beneficiando-se inclusive de uma cobrança privilegiada de crédito no exercício de uma auto-executoriedade que não possui, incide em culpa contra a legalidade, na medida em que o art. 42, do Codecon, dispõe que “na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”. Deve responder, conseqüentemente, pelos danos morais causados – *damnum in re ipsa*; 3. O valor indenizatório, contudo, deve ser fixado dentro do princípio da razoabilidade e, se o Autor deixa ao livre arbítrio do julgador, mesmo de forma alternativa, o valor condenatório, não há que se falar em sucumbência recíproca; 4. Parcial provimento do recurso. Vencida a Des. Marianna Pereira Nunes<sup>28</sup>.

Nota-se, assim, que violações a direitos de personalidade podem ocorrer através de diversas práticas vinculadas à relação de consumo, como no exemplo acima da cobrança de dívida ou dos arquivos de consumo, o que requer a fixação e observância de limites cada vez mais rígidos na tentativa de fazer valer a proteção conferida aos direitos em questão, que ganharam *status* de direitos fundamentais com o advento da Constituição da República de 1988.

### 3.2. DIREITO AO SEGREDO/SIGILO<sup>29</sup>

<sup>28</sup> TJRJ - ApCiv 2002.001.09441, Rel. Ademir Pimentel, 13ª Câm. Cível., j. em 09.10.2002.

<sup>29</sup> Embora no presente trabalho sigilo e segredo sejam tratados como sinônimos, Cármen Lúcia Rocha os distingue nos seguintes termos: “O sigilo, como o segredo, importa silêncio. Todavia, para o sigilo, a divulgação é vedada em sua generalidade, submetida como fica à reserva, cuja utilização é restrita aos limites, pessoas e condições previstas no sistema jurídico para o atendimento de interesse público comprovado objetivamente nos termos legitimamente postos. Quanto ao segredo, tudo o quanto se submete a esta circunstância e garantia mantém-se no espaço da indevassabilidade. O segredo é ocultado de terceiros. O que é da intimidade não se revela, mantendo-se desconhecido ou misterioso ao olhar alheio. O que é segregado não pode ser revelado. O que é sigilosamente mantido não pode ser amplamente divulgado. O que é privado é reservadamente utilizado, o que é segregado é retirado do acesso a quem quer que seja”.



O direito ao segredo constitui, como já mencionado, uma das manifestações do direito à vida privada. Segredos são as manifestações do indivíduo que devem se manter inacessíveis ao conhecimento dos demais. A tutela jurídica do mesmo, no entanto, só se dá nos casos expressamente previstos no ordenamento jurídico.

### 3.2.1 Sigilo de correspondência

A Constituição da República, no art. 5º, XII, prevê a inviolabilidade do sigilo de correspondência, proibindo, implicitamente, o conhecimento ilícito de seu conteúdo por parte de terceiros.

De acordo com De Cupis, o objeto do direito ao segredo epistolar é o “estado de reserva que acompanha os sentimentos e as opiniões pessoais manifestados na carta, pois a pessoa vive moralmente através das opiniões e sentimentos próprios [...]”<sup>30</sup>. Mas, independentemente do conteúdo da carta, seja ele apelos amorosos ou propagandas, aquele que viola desautorizadamente a correspondência alheia já estaria cometendo um atentado à intimidade do indivíduo. As cartas, em si, já são informações de âmbito reservado.

No Brasil, a inviolabilidade de correspondência também é tutelada penalmente nos artigos 151 a 153 do Código Penal.

O inciso XII do artigo 5º da Constituição da República em sua parte final traz uma exceção à inviolabilidade das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Mas, apesar dessa exceção só se referir à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta. Assim, seria possível, dentro de certos limites, a interceptação das correspondências quando essa liberdade for meio de salvaguarda de práticas ilícitas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal<sup>31</sup> decidiu pela restrição dos direitos dos presidiários para além da sua privação da liberdade ao admitir a interceptação da correspondência dos mesmos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento penitenciário (Lei 7210/ 84).

A doutrina ainda ressalta a possibilidade dos pais violarem a correspondência

---

(ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário. **Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez, n. 20, jul./ago., 2003. p. 21).

<sup>30</sup> CUPIS, Adriano de. **Os direitos de Personalidade**. Campinas, SP: Romana, 2004. p. 159.

<sup>31</sup> A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no artigo 41, parágrafo único, da Lei n. 7210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (STF, 1ª turma, HC nº 70814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.06.94.)

dos filhos quando tiverem suspeitas de que ela possa estar os colocando em risco, valendo-se da regra constitucional do art. 227, que estabelece que é dever da família proteger a criança e o adolescente.<sup>32</sup>

Verifica-se também a utilização de cartas como meio de prova em processo judicial, tanto na esfera civil como na penal.

O art. 376 do Código de Processo Civil estabelece que as cartas, assim como os registros domésticos, fazem prova contra quem os escreveu quando enunciam o recebimento de um crédito (art. 376, I); contiverem anotações que visem suprimir a falta de um título em favor de quem for indicado como credor (art. 376, II); ou expressarem conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova (art. 376, III). Assim, o destinatário ou um terceiro, que tenha obtido licitamente a correspondência, pode se valer da mesma como prova contra o remetente. É preciso, no entanto, que exista nexó de causalidade com a lide e se mostre necessária ao julgamento.

Na seara penal, há uma peculiaridade: somente o destinatário poderá utilizar as cartas em juízo na defesa de seu direito, mesmo que o remetente não tenha consentido na apresentação. Pode ocorrer também que o detentor de uma correspondência, seja ele parte ou não no processo, seja compelido, através de um mandado judicial, a exibi-la em juízo.

### 3.2.2 Sigilo telefônico

O sigilo telefônico é também assegurado pelo art. 5º, XII da CR/88, sendo a disciplina análoga ao do direito à inviolabilidade da correspondência.

Emissor e receptor são protegidos contra a interceptação e divulgação por terceiro do conteúdo da comunicação. Há discussão se um dos interlocutores pode gravar a conversa sem o conhecimento do outro. Corrente doutrinária expressiva entende que é possível tal gravação, defendendo que a violação é para a hipótese de interceptação da comunicação telefônica. Assim, seria necessária a interferência de um terceiro no diálogo sem a anuência dos interlocutores para que ocorresse a interceptação. Nossa jurisprudência entende ser lícita a gravação por parte de um dos comunicadores para seu uso como prova judicial<sup>33</sup>. É considerada ilícita a

<sup>32</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição, Direito constitucional positivo. 12. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2006. p. 511.

<sup>33</sup> CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. DESNECESSIDADE DE O JULGADOR DEBATER TODOS OS ARGUMENTOS LEVANTADOS PELA PARTE. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

I. A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos é prova lícita

gravação telefônica realizada por um terceiro com a autorização de um dos interlocutores, mas sem o conhecimento do outro, assim como também sem a anuência de nenhum dos interlocutores.

Nas hipóteses de interceptação telefônica, ou seja, quando da captação da conversa por terceiro sem o conhecimento dos interlocutores, a própria Constituição da República trouxe uma exceção à inviolabilidade da comunicação, desde que presentes cumulativamente os requisitos estabelecidos na parte final do inciso XII do artigo. 5º da CR/88. Logo, a interceptação só poderá ocorrer mediante ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Na esteira da referida norma constitucional, foi editada a Lei n.º 9.296/96 que traz as seguintes hipóteses para a quebra do sigilo telefônico: a) presença de indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal; b) o fato investigado constituir infração penal punida com reclusão; c) a prova não puder ser feita por outros meios.

Todavia, não obstante as condicionantes impostas constitucional e legalmente para a realização de uma interceptação telefônica, tem-se observado, nos últimos tempos, uma indiscriminada utilização desse instituto. A autorização da interceptação, em vários casos, tem sido dada sem o rigor necessário, bem como das prorrogações da quebra do sigilo já em curso. Isso já tem se refletido em decisões dos Tribunais Superiores no sentido de evitar que a interceptação telefônica viole, além das balizas legais, os direitos fundamentais em tela. Nesse mesmo sentido, achou por bem o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – editar resolução<sup>34</sup> disciplinado e uniformizando as rotinas para o aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

### 3.2.3 Sigilo bancário

A proteção ao sigilo bancário integra, como já aludido, o direito à vida privada, consagrado no art. 5º, X da CR/88. Entretanto, não se trata de um direito absoluto, cedendo ao interesse público e social. Essa relatividade, no entanto, está

---

e pode servir de elemento probatório. Precedentes.

II. O Poder Judiciário, para expressar sua convicção, não está obrigado a pronunciar-se sobre todos os argumentos suscitados pelas partes, senão sobre os necessários ao deslinde da controvérsia.

III. Nos termos da Súmula n. 7 desta Corte, a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

IV. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 962.257/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4. Turma, j. em 10.06.2008, DJe 30.06.2008)

<sup>34</sup> Resolução n.º 59, de 9 de setembro de 2008.

adstrita aos contornos da lei.

Em princípio, somente é possível a quebra do sigilo bancário por ordem judicial fundamentada, a requerimento, por exemplo, do Ministério Público (art. 129, VI da CR/88). Todavia, fora dos casos de quebra determinada judicialmente, é pacífico o entendimento no sentido de que as Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º da CR/88) podem determiná-la diretamente. Ademais, nos termos do art. 6º, da Lei Complementar n.º 105/2001,

As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Ainda com relação às Comissões Parlamentares de Inquérito, elas, no exercício de sua competência de ampla investigação, recebem diretamente das instituições financeiras ou por intermédio do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) as informações e documentos sigilosos de que necessitam. No entanto, as solicitações deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (art. 4º, §§1º e 2º da LC nº 105/2001).

No tocante à possibilidade de o Ministério Público diretamente requerer os dados acobertados pelo sigilo bancário, doutrina e jurisprudência não possuem entendimento pacífico. Por exemplo, enquanto o STJ inadmitiu essa atuação do *Parquet* (HC 2.352-8/RJ, Rel. Min. Assis Toledo, *Boletim AASP*, n. 1.854, p. 209), o STF já se manifestou no sentido da possibilidade de o Ministério Público quebrar diretamente o sigilo nos casos de dano ao erário conforme MS 21.729/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.10.1995<sup>35</sup>.

Todavia, é pacífico que a quebra do sigilo bancário, assim como a do fiscal, só deve ser decretada em caráter de excepcionalidade quando existentes fundados e idôneos indícios que revelem a possível autoria de um ilícito por parte daquele que sofre a investigação. As informações obtidas só podem, por sua vez, ser utilizadas para a investigação que lhe deu causa, sendo obrigatória a manutenção do sigilo em relação a estranhos ao procedimento investigatório.

### 3.2.4 Sigilo fiscal

<sup>35</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2006. p. 303.

O contribuinte tem direito ao sigilo em relação aos dados concernentes a sua situação financeira, a natureza e o estado de seus negócios. Assim, nem a Fazenda Pública e nem seus servidores, em razão do ofício, podem divulgar informações sobre a situação do contribuinte (art. 198 do CTN). Mas o próprio Código Tributário Nacional, ao tutelar o sigilo, não o estabelece de forma absoluta, bastando observar as exceções previstas no parágrafo primeiro do mencionado dispositivo.

O sigilo fiscal, logo, pode ser quebrado por requisição de autoridade judiciária (art. 198, § 1º, I do CTN), por solicitação de autoridade administrativa (art. 198, § 1º, II do CTN), além de ser ainda possível por requisições das Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º da CR/88) e do Ministério Público (art. 129, VI da CR/88). A Lei Complementar n.º 105/2001, em seu artigo 6º, ainda traz a referida possibilidade de quebra direta do sigilo por autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios quando o exame dos documentos e registros de instituição financeira for indispensável para o deslinde de processo administrativo ou procedimento fiscal contra o contribuinte.

#### 4 CONCLUSÃO

Do breve estudo feito, nota-se que, com o avanço tecnológico, o direito ao resguardo tem sido largamente devassado. Felizmente, por outro lado, doutrina e jurisprudência estão avançando na defesa da tutela dos direitos de personalidade do indivíduo ao tratá-los sob uma perspectiva constitucionalizada. O que sempre deve ser lembrado é que a proteção da pessoa humana não pode deixar de constituir o valor máximo de nosso ordenamento jurídico.

#### REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2000.

BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1993.

\_\_\_\_\_. Fragilização dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 238-248, 2001.

\_\_\_\_\_. O código de defesa do consumidor e a proteção dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte, v. 3, n. 3, 1996.

BESSA, Leonardo Roscoe. Os bancos de dados de proteção ao crédito na visão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 63, jul./set. 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 9, n. 33, jan./mar. 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição, direito constitucional positivo. 12. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2006.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade**. São Paulo, SP: Romana Jurídica, 2004.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Novo Código Civil. In: TE-PEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2006.

MIRAGEM, Bruno. Os direitos de personalidade e os direitos do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 13, n. 49, jan./mar. 2004.

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

RIBEIRO, Valério Augusto. Os direitos de personalidade vistos sob a perspectiva da dicotomia clássica direito público/ direito privado. In: FIÚZA, César (coord.). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo, SP: IOB Thomson, 2004. v. 1.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancá-

rio. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 20, jul./ago. 2003.

RSTON, Sergio Martins. Dano à imagem e as tutelas inibitórias e ressarcitórias. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, n. 14, jul./dez. 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Personalidade civil do ser humano e direitos da personalidade. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5/6, 2000.

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, MG: Del Rey, 1998.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; PORTO, Marcos Dolgi Maia. Direito arena. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 22, abr./jun. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. **Revista Jurídica** 305, Porto Alegre, mar. 2003.

*Recebido em: 20 novembro 2008*

*Aceito em: 02 abril 2009*