

OS DIREITOS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE SOB A PERSPECTIVA PROCESSUAL: A TUTELA INIBITÓRIA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE*

Ana Catarina Piffer Gonçalves**
Andréia Garcia Martin***

SUMÁRIO: *Introdução; 2 O enfraquecimento da distinção entre direito público e privado; 3 Direito à intimidade e à privacidade: Manifestação do direito de personalidade; 3.1 A tutela do direito fundamental à intimidade e à privacidade na perspectiva da dignidade da pessoa humana; 3.2 Direito à intimidade e à privacidade: Conceituações, distinções e limitações; 4 Tutela jurisdicional; 4.1 A proteção processual do direito à intimidade e à privacidade: a tutela inibitória; 5 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O presente artigo tem o condão de analisar os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, constantes do art. 5º, X, da Constituição Federal, como direitos inatos de toda pessoa, capazes de promover a dignidade humana. Pretende-se demonstrar que a plena proteção de tais direitos terá como fundamento o art. 5º, inc. XXXV, fomentando-se um real acesso à justiça por meio da tutela jurisdicional inibitória, que, ao prevenir a ocorrência do ilícito, refletirá técnica processual adequada para promover a autêntica efetividade dos direitos de personalidade.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos fundamentais; Intimidade; Privacidade; Personalidade; Proteção processual.

THE RIGHT TO PRIVACY AND SECRECY FROM THE JURIDICAL POINT OF VIEW: INHIBITORY TUTELAGE OF PERSONAL RIGHTS

* Artigo orientado pelo Professor Dr. Cláudio Bahia, resultado das pesquisas realizadas no Projeto de Pesquisa “Direito à Intimidade e Privacidade”, sob sua coordenação.

** Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) – Bauru/SP; Especialista em Direito Educacional; Docente Universitária da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA; Sociofundadora da Associação ao Bem Comum ao Down de Jaboticabal/SP. E-mail: catarinatucci@yahoo.com.br

*** Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) – Bauru/SP; Docente Universitária do Centro Universitário de Votuporanga – UNIFEV – Votuporanga/SP; Advogada. E-mail: draagmartin@hotmail.com

ABSTRACT: The fundamental rights to privacy and secrecy, written at Art 5 par. X of the Brazilian Constitution, are provided and analyzed. They are rights inherent to the human person and are capable of promoting human dignity. Current essay demonstrates that the whole protection of the above-mentioned rights is foregrounded on Art 5, par. XXXV and triggers access to justice through an inhibitory jurisdictional tutelage. When the latter prevents the occurrence of something illicit, an adequate technical process is provided for the promotion of a real efficaciousness of the rights of the person.

KEYWORDS: Rights of the person; Privacy; Inhibitory jurisdictional tutelage.

LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA PRIVACIDAD BAJO LA PERSPECTIVA PROCESUAL: LA TUTELA INHIBITORIA DE LOS DERECHOS DE PERSONALIDAD

RESUMEN: El presente artículo objetiva analizar los derechos fundamentales a la intimidad y a la privacidad que hacen parte del art. 5º, X, de la Constitución Federal, como derechos innatos de toda persona, capaces de promocionar la dignidad humana. Se pretende demostrar que plena protección de tales derechos tendrá como fundamento el art. 5º, inc. XXXV, fomentándose un real acceso a la justicia por medio de la tutela procesual adecuada para suscitar la auténtica efectividad de los derechos de personalidad.

PALABRAS-CLAVE: Derechos de personalidad; Intimidad y privacidad; Tutela jurisdiccional inhibitoria.

INTRODUÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988 erigiu-se como viga mestra de todo ordenamento jurídico nacional a cláusula geral de tutela da pessoa, constando do art. 1º, III, a consagração como invioláveis os direitos que decorrem diretamente dessa orientação, tais como os direitos da personalidade trazidos pelo art. 5º, X, e, conseqüentemente, por serem espécies daquele, os direitos à intimidade e à privacidade.

A partir dessa nova concepção, a constitucionalização se alastrou à totalidade dos ramos dos direitos, consignando-se o respeito irrestrito às positivizações constitucionais, fomentou-se um processo de mudança substancial nos ramos do direito, donde a Constituição passou a ser o fundamento comum

de todas e favoreceu-se o enfraquecimento da distinção entre o direito público e o privado.

O afrouxamento de tal distinção possibilitou a intronização ao Texto Constitucional de direitos que antes estavam catalogados apenas na lei, o que favorece a ampliação da proteção dos direitos da personalidade.

Diante do perigo de se ver perecer tais direitos, tornou-se premente uma atividade jurisdicional voltada a sua concretização. Assim, com fulcro no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, promoveu-se o acesso à justiça, para tutelar tais direitos fundamentais. Entretanto, este acesso não se perfaz apenas em sua acepção formal, de mero bater às portas do Judiciário, mas suplanta tal dimensão, ou seja, tem o condão de preencher tantas quanto forem as necessidades advindas do direito substancial. Desta forma, sob a locução do acesso à justiça não se deve ater simplesmente ao seu aspecto de formalização de instrumento de *início* da tutela jurisdicional, mas, soma-se a esta o acesso a uma ordem jurídica justa, condizente com as necessidades dos litigantes, conjeturada à realidade e profícua quanto sua resolução, proporcionando a concretização dos direitos pela efetividade da prestação. Sendo somente deste modo que se poderá verdadeiramente falar em um real acesso à justiça que promova a efetiva e apta tutela de direitos, notadamente dos direitos específicos da personalidade, quais sejam, os direitos à intimidade e à privacidade. Utiliza-se de uma técnica processual que promova uma prestação jurisdicional que tutele legitimamente os direitos fundamentais.

Ante a ineficiência da tutela de natureza ressarcitória em fomentar a integral efetividade de tais direitos de natureza não patrimoniais, tendo em vista que a utilização desta proteção processual depende, essencialmente, da ocorrência concreta de dano. Infere-se que o meio mais diligente, com o condão de salvaguardar direitos de tal monta, seria a tutela inibitória constante do art. 461 do CPC. Já que, ao se impedir a ocorrência do ilícito de forma direta e definitiva, se tornaria a única proteção jurisdicional apta a defender a incolumidade dos direitos da personalidade referente à intimidade e à privacidade, impedindo-se que de alguma forma se possa adentrar em seu reduto sem autorização.

2 O ENFRAQUECIMENTO DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

A clássica separação do direito positivo em ramos de direito público e direito privado tem suas origens mais remotas dos romanos. Na tradição romana a definição consignada por Ulpiano, no qual consta o seguinte brocardo jurídico: “*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singularum utilitatem pertinet*”.¹ Assim, a partir desta máxima os vários ramos do direito positivo que foram se formando no decorrer da história tomaram-no por parâmetro, ou seja, os ramos concernentes ao direito público detinham como aspecto ordinário o Estado e, os ramos do direito privado consideravam a pessoa concebida em seu âmbito particular.

Na atualidade, com o aumento da complexificação da sociedade, a demarcação existente entre o público e o privado vai se tornando tênue, principalmente pela crescente constitucionalização dos ramos do direito. O tema da constitucionalização do direito foi amplo objeto de estudo do francês Louis Favoreu². Em que pese sua teoria ter sido aplicada à realidade francesa, esta é, em alguns pontos, compatível com o sistema brasileiro. As tipificações que se enquadram na realidade brasileira são as concernentes à constitucionalização-transformação e ao efeito da unificação da ordem jurídica.

Assim, a constitucionalização-transformação se caracterizaria pela “constitucionalização dos diferentes ramos do direito e, ao mesmo tempo, à sua transformação [...]”.³ Portanto, com a primazia da Constituição sendo o norte de todo ordenamento jurídico promove-se uma mudança substancial nos ramos do direito. Por isso, admitir esta constitucionalização gerará até mesmo uma nova forma de nomear os ramos do direito, que, por exemplo, no caso do direito civil a partir de então será chamado de *direito constitucional civil*.

Ademais, frente a essa nova perspectiva, toda a ordem jurídica gira em torno desse novo paradigma, donde se pode inferir que há uma conjugação dos diversos ramos do direito como reflexo desta constitucionalização. Neste sentido, Favoreu ainda proporciona duas possibilidades quando as normas constitucionais incidem nos demais ramos do direito: i) tornam-se o fundamento

¹ “O direito público é o que se refere à coisa pública de Roma; o privado o que diz respeito à utilidade (interesse) de cada um (particular)”. Cf. RODRIGUES, Dirceu A. Victor. **Dicionário de brocardos jurídicos**. São Paulo, SP: Sugestões Literárias, 1976, p. 267.

² Louis Favoreu, ademais, nos evidencia que, em que pese haja diversos tipos de constitucionalização, estes encontram-se umbilicalmente relacionados, sendo impossível desprezar suas interações ou mesmo deixá-las em segundo plano. (FAROREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: AUDY, Jean-Bernard, et al. **L'unité du droit: mélange en hommage à Roland Drago**. Paris: Economica, 1996, p. 38.)

³ *Ibidem*, 1996, p. 37.

comum de todas; ii) promove a mitigação da distinção entre direito público e privado.⁴

A Constituição passa a ser o referencial de todo ordenamento jurídico, abandonando-se o constitucionalismo ideológico do Estado Liberal. Depreende-se que “el constitucionalismo tradicional era sobre todo una ideología, una teoría meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se há convertido em una teoría del Derecho opuesta al positivismo jurídico como metodo”.⁵

Nesta senda, a passagem do direito público por uma *revolução copernicana* tornou as normas constitucionais suscetíveis de aplicação inteiramente aos fatos da vida, ocorrência que se deu não apenas pela promulgação de nossa Constituição Federal de 1988, mas também pela existência de uma jurisdição constitucional que tem o condão de analisar as normas do ordenamento sob o prisma da Constituição. Confirma-se, irremediavelmente, o enfraquecimento da latente separação entre público e privado.

Dessa forma, “a constitucionalização do direito civil seria uma demonstração de que a distinção entre direito público e direito privado não pode ser uma distinção rígida”.⁶ Pois, este fenômeno demonstra tão só a mudança do eixo fundamental da ordem jurídica que passa a ser a Constituição Federal⁷, em detrimento da lei *civil*.

Tal mudança de perspectiva favoreceu, indelevelmente, a proteção dos direitos intrínsecos a toda pessoa, como os direitos da personalidade, que premem por uma ampliação de sua tutela dada as grandes mutações que ocorrem no seio social. Faz-se imperioso que se rompa a *barreira* entre público e privado visando um integral amparo à pessoa, principalmente quando se coloca em *xeque* interesses relacionados à intimidade ou à privacidade.

⁴ FAROREU, op. cit., 1996, p. 40.

⁵ FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 165.

⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo, SP: Malheiros, 2008, p. 173.

⁷ A promulgação da Constituição de 1988 foi o pontapé inicial e definitivo para o abandono do patrimonialismo que regeu nosso Código de 1916 e a acolhida do personalismo com a tutela dos direitos da personalidade, dando grande destaque à dignidade da pessoa humana, pois esta foi elevada a princípio fundamental da República (art. 1º, III, da Constituição Federal). Abalizando-se nesta nova perspectiva proporcionada pela Constituição Federal, além da própria previsão da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, assegurando-se a presença de uma cláusula geral da personalidade. (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001, p. 48).

3 DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE: MANIFESTAÇÃO DO DIREITO DE PERSONALIDADE

Sob esta nova perspectiva, a Constituição Federal de 1988 inovou ao albergar os direitos da personalidade como categoria autônoma, garantindo-os em seu texto de forma específica, mesmo que antes constavam implícitos no próprio direito à vida. Vislumbra-se, desta maneira, que tutelar o direito à vida sem associá-lo ao direito à intimidade e à privacidade torna-o inviável. Esta proteção foi capitaneada por um difundido desenvolvimento tecnológico, em que a personalidade e, em especial, a intimidade e a privacidade sofreram dilatada ameaça fazendo jus a uma normatização em esfera constitucional.

O Código Civil de 2002 atendo-se também a esta necessidade de amplificar a tutela aos direitos da personalidade, inseriu cláusulas gerais em seus arts. 12 e 21. Donde se infere do art. 12 a previsão da possibilidade de cessar a lesão ou ameaça de lesão a estes direitos por via judicial, por meio da tutela inibitória e, ainda, a indenização dos danos causados a eles. No que tange à indenização, há de se considerar que, pelo fato de os direitos da personalidade terem por característica a extrapatrimonialidade, são insuscetíveis de valoração monetária. Assim, qualquer indenização por ameaça ou violação dos direitos da personalidade proporciona, tão-só, o equivalente em dinheiro.

Por observância do art. 21 do Código Civil necessário se faz transcrever seu conteúdo com vistas a melhor esclarecimento e em complemento ao dispositivo acima citado. Se não, vejamos: “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”. Tal dispositivo vem nos trazer, com clareza solar, uma das características ínsitas ao direito da personalidade, qual seja: a inviolabilidade, que será objeto de proteção por qualquer meio judicial que o interessado deseje. No caso em questão, restringir-se-á tão-só à tutela inibitória como tutela mais adequada à proteção destes direitos, tendo em vista a necessidade de se velar pela prevenção da ocorrência do ilícito, que é o objetivo principal de tal instrumento processual.

Ao se analisar tais dispositivos apartados de qualquer orientação constitucional não se vislumbra grande conquista legislativa, já que somente ganham real significado quando interpretados em consonância à cláusula geral de tutela da pessoa presente no art. 1º, III, da Carta de outubro. Sob esta perspectiva, dever-se-á realizar uma abertura epistemológica da legislação

civilista com o fito de albergar a tutela da pessoa humana como *norte e fim* de toda atividade de interpretação constitucional e da lei. Enseja-se a observação das diversas possibilidades de compensação da lesão ou de sua ameaça, mas também, de uma perspectiva antropológica, onde a pessoa humana como cerce de toda tutela de *status* constitucional possa desenvolver livremente sua personalidade, para além dos limites codificados pelo legislador.

Assim, assevera Adriano de Cupis que “serve à denominação direitos de personalidade àqueles direitos essenciais por constituírem a ‘medula’ da personalidade humana”.⁸

Entretanto, pelo fato de ter-se elevado o indivíduo a núcleo axiológico do ordenamento jurídico, a proteção resultante tanto da Constituição como das demais legislações atinentes à tutela da pessoa tornam-se meramente exemplificativa, ou seja, abre-se a outras possibilidades não vislumbradas pela casuística, em que a tutela da personalidade humana se difundirá nas mais variadas manifestações. Ademais, ante as constantes mutações dos fatos sociais torna-se cada vez intrincado se promover um *baluarte legislativo* para tutelar a diversidade das necessidades do caso concreto, em que seja titular a pessoa humana. Ora, segundo já asseverado, confirma-se a necessidade de se mitigar o fechamento dos sistemas público e privado, para que se possa abranger uma gama maior de direitos prementes de tutela.

Destarte, considerando-se que os direitos da personalidade “tem por conteúdo a pretensão de exigir respeito de tais bens pessoais. A vida, o corpo, a honra, são o ponto de referência (*termine di riferimento*) da obrigação negativa que incumbe à coletividade”.⁹ Deve-se, desta forma, com parâmetro no Texto Constitucional elevar-se a cláusula geral de tutela da pessoa como máxima valorativa de todo ordenamento jurídico no afã de se promover a pessoa humana, bem como de tutelar sua dignidade quando esta restar violada. Neste diapasão, conjectura-se que:

Da garantia da dignidade humana decorre, desde logo, um verdadeiro imperativo axiológico de toda ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos destinados à defesa das refracções essenciais

⁸ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caiero. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 17.

⁹ FERRARA, Francesco. **Trattato di diritto civile italiano**. Roma: Athenaeum, 1921, v. I, p. 395. Apud TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001, p. 31.

da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado.¹⁰

Com efeito, a garantia da personalidade humana torna-se correlata à promoção da dignidade. Pois, ao se afiançar o direito de se resguardar a intimidade e a vida privada de cada ser humano, protege-se a ampla expansão de características que são próprias de sua personalidade, dignificando seus portadores.

A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado.¹¹

Ultrapassando-se as barreiras sufragadas pela liberdade e identidade de cada indivíduo, há a possibilidade de se conjugar à dignidade da pessoa humana o direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade – sendo aqui conglomerado os direitos especiais da personalidade: intimidade e privacidade. Nesse diapasão, personalidade pode ser resumidamente definida como:

[...] o conjunto de características do próprio indivíduo; consistem na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem a pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens.

Os bens que aqui nos interessam são aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo são denominados direitos de personalidade.¹²

Ora, basta apenas se ter vida para que todo e qualquer ser humano possa gozar de direitos da personalidade. Cada indivíduo é único e possui peculiaridades próprias que lhe torna detentor de uma infinita gama de direitos.

¹⁰ MOTA PINTO, Paulo. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999, p. 151.

¹¹ MOTA PINTO, op. cit., 1999, p. 152.

¹² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1993, p. 35.

En el lenguaje jurídico actual la expresión derechos de la personalidad tiene significado particular, referido a algunos derechos cuya función se relaciona de todo más directo con la persona humana, pues se dirigen a la preservación de sus más íntimos e imprescindibles intereses. En efecto, esos derechos constituyen un mínimo para asegurar los valores fundamentales del sujeto de derecho; sin ellos, la personalidad quedaría incompleta e imperfecta, y el individuo, sometido a la incertidumbre en cuanto a sus bienes jurídicos fundamentales.¹³

Evidencia-se que a personalidade humana, característica ínsita à própria natureza do homem, reativou a exigência da tutela de certos valores por meio do direito, vez que essenciais para a qualidade de vida de todos os indivíduos. Estes são direitos que “existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações”.¹⁴

Especialmente a tutela do direito à intimidade e à privacidade, sendo essenciais para o pleno desenvolvimento da personalidade, favorece a disposição numa esfera de proteção em face de interesses, relações e necessidades que se pretende guardar do conhecimento de terceiros, como expressão maior de sua dignidade.

3.1 TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE NA PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A tutela dos direitos à intimidade teve início com a publicação de instrumento de autoria de Warren e Brandeis, no ano de 1890, com o título *the right of privacy*. Este estudo tinha o intuito de impedir a interferência da imprensa na vida e na honra das pessoas. Segundo os autores o direito à intimidade representava, unicamente o “direito de ser deixado só”. Este artigo fundou o “marco inicial da reforma do direito à intimidade e à vida privada, deixando antes de si seus precedentes e a pré-história”.¹⁵

¹³ CARREJO, Simón. **Derechos civil**. Bogotá: Themis, 1972, p. 299-300.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2000, p. 8.

¹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1998, p. 57.

A partir de então, muitos casos da Suprema Corte dos Estados Unidos tomaram por referência este documento e, já no século XX, consignou-se o direito à intimidade como fortemente ligado ao direito de liberdade. Perdura este entendimento na contemporaneidade, haja vista que a privacidade adota uma “posição de destaque na proteção da pessoa humana, não somente tomada como escudo contra o exterior, mas como elemento positivo, indutor da cidadania, da própria atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade de uma forma geral”.¹⁶

Diferentemente, a proteção desses direitos, no Brasil, se restringia ao modo como eram concebidos os direitos no Estado Liberal. Nesse sentido, a Constituição do Império, de 1824, normatizava tão só que pela inviolabilidade do domicílio, por via oblíqua, se resguardava a intimidade. Constatava-se que a tutela do domicílio preterea a da própria intimidade, sendo também a privacidade tutelada por meio da inviolabilidade do domicílio, vislumbrando-se a supremacia da propriedade em detrimento do próprio indivíduo. Tal orientação perdurou até finais da década de 80 do século XX, vindo a Constituição Federal mudar este quadro ao modificar o núcleo axiológico de tutela jurídica, passando-o ao próprio indivíduo.

Depreende-se, assim, que, com relação ao *privacy*, ele perdura até os dias atuais e, de certa forma, promoveu uma evolução no próprio *Common Law*. A partir daí sua aplicação ocorreu das mais variadas formas, sendo oposto em situações da modernidade, tais como: aborto, relações e preferências sexuais, além de testes de doenças sexualmente transmissíveis.

Para confirmar esta garantia, foram assinados vários instrumentos internacionais, todos fundados no respaldo aos direitos da personalidade, especialmente no que tange ao direito à intimidade e à vida privada. Dentre eles temos a Declaração Universal da ONU, de 1941, onde, em seu art. 12, asseverava que: “Nenhum cidadão pode ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, na sua família, na sua casa, na sua correspondência; nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Diante da crescente ampliação das técnicas de comunicação, onde cada vez mais se interfere na vida íntima das pessoas, tornou-se premente que o direito à intimidade e à privacidade também alargasse seu âmbito de

¹⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006, p. 142.

tutela, gozando de plena proteção, pois, por advir diretamente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, é conquista de uma caracterização inafastável do ser humano, da qual deriva toda e qualquer proteção ao indivíduo.

O processo de corrosão das fronteiras da intimidade, o devassamento da vida privada, tornou-se mais agudo e inquietante com o advento da era tecnológica. [...] A revolução tecnológica, sempre mais acentuadamente, ganha um dinamismo próprio, desprovido de diretrizes morais, conduzido por um “cientificismo” ao qual são estranhas e mesmo desprezíveis quaisquer preocupações éticas, metafísicas, humanísticas.¹⁷

Apesar do evoluir tecnológico da sociedade ter promovido uma reviravolta nas relações íntimas e privadas do homem pós-moderno, é relutante e, até mesmo, deficiente a efetiva tutela do direito à intimidade e à privacidade, pois dificultada pela própria velocidade das informações que faz com que esses direitos tenham, por vezes, seus conteúdos esvaziados.

Assim, sendo os direitos da personalidade direitos fundamentais, pela própria posição ocupada no Texto Constitucional, (art. 5º, X), conjeturam-se como decorrentes de sua fundamentalidade os direitos à intimidade e à privacidade, que possuem características incipientes para obstaculizar qualquer forma de violação, pois lhes são ínsitas a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade.

No que ante à inviolabilidade, entende-se que tal domínio é dilatado, tendo em vista que “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo”.¹⁸

Considera-se que “o conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devam estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida”.¹⁹

¹⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1995, p. 22.

¹⁸ OLIVEIRA, Moacyr de. Intimidade. In: **Enciclopédia Saraiva do direito**. São Paulo, SP: Saraiva, 1980, p. 100, v. 46, apud SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1999, p. 209.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, SP: Malheiros, 2008, p. 355.

Assim, para que se tenham resguardado os direitos objeto deste estudo, deve-se tomar por parâmetro as condições concretas propostas pela dignidade humana, fomentando-se, assim, o livre desenvolvimento da personalidade, impedindo-se a intromissão na vida privada ou íntima de qualquer perturbação inconveniente, respeitando-se a inteireza moral dos indivíduos e, conseqüentemente, impedindo-se qualquer forma de intromissão não autorizada.

3.2 DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE: CONCEITUAÇÕES, DISTINÇÕES E LIMITAÇÕES

Sob o ensejo de que os direitos à intimidade e à privacidade são espécies dos direitos de personalidade, eles representam, assim, o direito de se ver resguardada a liberdade e integridade moral, sendo ínsitos de cada ser humano, pois nascem com o próprio homem. Constituição Federal lhes resguarda, assegurando que: “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” (art. 5º, X).

Inobstante sejam visualizadas no rol dos direitos e das garantias nominados fundamentais, as razões existentes para o resguardo da intimidade e da privacidade das pessoas modificam-se de acordo com os valores de cada época, ora “as noções de intimidade e vida privada trazem consigo uma carga emotiva que as faz equívocas”,²⁰ e torna intrincada e imprecisa sua definição²¹, ou seja:

Não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Aquela, em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois

²⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1986, p. 327.

²¹ Há que se ressaltar que fora do âmbito jurídico-legal as expressões “intimidade” e “privacidade” são sinônimas, conforme a dicção constante do Dicionário Houaiss da língua portuguesa: “Vida particular, intimidade”; “Qualidade do que é mais íntimo, profundo, vida doméstica, particular”.p. 431-604. (HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Mini dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro, RJ: Objetiva, 2008, p. 431 -604).

aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição.²²

Ademais, José Afonso da Silva no cotejo de melhor diferenciar ambos direitos, confere ao direito à privacidade uma dimensão mais alargada no campo de abrangência desta, no afã de abarcar todas as suas formas de expressão, ou seja, as esferas íntima, privada e da personalidade.²³ Corroborase, assim, para o entendimento de que a intimidade representa um círculo menor de abrangência que a privacidade e compreende-se que na esfera da privacidade está contida a intimidade.

Nesse diapasão, entende-se que a Constituição Federal, ao realizar a diferenciação de juízos assemelhados entrelaçado-os por uma espécie de *circularidade concêntrica*, traz à lume a adoção da *teoria das esferas* desenvolvidas pelo jurista alemão Robert Alexy.

Apresenta este autor que é por obra do Tribunal Constitucional Federal alemão que há a referência de um último domínio inviolável da liberdade humana. No entanto “com ‘livre desenvolvimento da personalidade’, a Constituição não pode querer se referir tão-somente ao desenvolvimento no interior daquele âmbito nuclear da personalidade”.²⁴

Entende-se, por esta teoria, que a divisão em círculos concêntricos favorece a proteção de seus domínios íntimos e privados, diminuindo e até

²² SILVA, op. cit., 2011, p. 208.

²³ Ibidem, 2011, p. 207.

²⁴ ALEXY, op. cit., 2008, p. 360. Nesta perspectiva, necessário, pois, que se faça a diferenciação em esferas de proteção com graduações distintas, visando um melhor resguardo em cada um de seus âmbitos. Para Alexy é plausível abalizar a existência de três esferas com acuidade decrescente de proteção: a) uma esfera mais interior, onde se tem o último domínio de inviolabilidade da liberdade humana, nosso campo íntimo, a nossa “esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta”, abarcando as matérias mais secretas, a ainda, por ser de índole extremamente reservada do arranjo da vida privada, não pode ser objeto de apreciação alheia; b) uma esfera privada mais dilatada alude-se àquele setor privado dos indivíduos, não se referindo ao domínio mais interno, albergando assuntos que o indivíduo, por confiança, leva a conhecimento de terceiro, com quem se relaciona; e c) a esfera social, conglomerada os assuntos que ficaram fora das demais esferas, ou seja, o que não tange à intimidade ou à vida privada fica sob o âmbito de abrangência desta esfera.

mesmo impedindo, conforme se aproxime do centro, as intromissões de terceiros. Desta maneira, encontrando-se a intimidade no cerce dessas esferas e possuindo um grau de flexibilidade menor quando comparada à privacidade, ou seja, o sopesamento do princípio da proporcionalidade quando há a colisão de princípios é mais restrito, pois esta é uma área nuclear interior que pertence a cada indivíduo isoladamente e somente a ele diz respeito. Assim, Robert Alexy aduz que:

Se se define a esfera mais interior como a esfera na qual o indivíduo *não* “influencia terceiros por meio de sua essência ou comportamento e, portanto, (não) afeta a esfera pessoal de outras pessoas ou interesses da vida social”, então, a esfera mais interior é, *per definitionem*, a esfera na qual os princípios favoráveis à proteção são sempre decisivos, pois princípios colidentes não podem ser relevantes, visto que, nessa esfera não são afetados direitos de terceiros ou interesses da vida social.²⁵

Vislumbra-se, pois, que, para se tutelar por via jurisdicional alguns direitos da personalidade, se faz necessário considerar o princípio da proporcionalidade, haja vista que diante da lesão, por exemplo, de direitos da esfera privada ampliada, estar-se-á promovendo o direito à informação de terceiro. Tal sopesamento quanto à proporcionalidade entre lesão *versus* direito tocam exclusivamente ao direito à privacidade. Já que, quanto aos direitos da esfera mais íntima – os direitos à intimidade – não há que se cogitar em ponderação, porque estes devem se manter na esfera íntima de cada um, persistindo o direito de evitar que terceiros o violem.

Dentro da teoria das esferas há a constatação de que toda pessoa é detentora de um campo de intimidade, de uma *área nuclear inviolável*, e se pressupõe que sua preservação é requisito para livre desenvolvimento de sua personalidade, o que converge para uma integral proteção da ordem jurídica, ao se impedir qualquer forma de interferência, seja de natureza privada ou pública.

Neste sentido, Fernando Herrero-Tejedor, transcrevendo uma decisão do Tribunal Constitucional Espanhol (STC 231/1988), esclarece nos ainda que “el derecho a la intimidad personal implica la existencia de um ámbito

²⁵ ALEXY, op. cit., 2008, p. 361.

proprio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para manter uma calidad mínima de la vida humana”.²⁶

Com efeito, a intimidade, de acordo com a Carta de outubro, representa um domínio mais restrito da vida privada, equivalendo àquele âmbito da vida de cada indivíduo onde é tão protegido, que até mesmo àqueles com quem compartilha sua privacidade lhes é restringida, pois cada um tem o direito de, se preferir, guardar só para si seus desejos, seus medos, suas opções sexuais, donde a curiosidade alheia não pode penetrar. Igualmente, Celso Lafer nos assevera que:

A esfera da intimidade, diz Hannah Arendt, é regida pelo princípio da exclusividade. Esse princípio não se confunde com o da diferenciação, que marca a diferença entre os indivíduos, própria da esfera privada, e que se opõe ao público enquanto espaço do coletivo. A *intimidade* é a esfera que comanda as escolhas pessoais e que não segue nenhum padrão objetivo. É exatamente a intimidade enquanto esfera do exclusivo que a autora sugere como limite ao direito à informação, através da ponderação de que o que constitui a vida íntima das pessoas não é de *interesse público*. A intimidade não exige publicidade, porque não envolve direito de terceiros. E por ser exclusiva, sente-se lesada quando é divulgada ou invadida sem autorização.²⁷

Pela argúcia da Carta, colige-se que a privacidade se diferencia da intimidade. Inicialmente, ao caracterizar tais institutos como autônomos, ela prescreveu que tutelam diferentes situações, isto é, enquanto a intimidade alude àquilo que a pessoa sente, deseja, pensa, a privacidade refere-se àquilo que o indivíduo possui, os seus hábitos, seus relacionamentos. Mas, por ambos estarem sempre voltados ao mesmo fim, há conformação com a cláusula geral de tutela da pessoa. Assim, eis que:

A intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo

²⁶ HERRERO-TEJEDOR, Fernando. **La intimidad como derecho fundamental**. Madrid: Colex, 1998, p. 33.

²⁷ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo, SP: Cia das Letras, 1988, 267-268.

deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt com base em Kant. Esse princípio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: “a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)”.²⁸

Nesta vereda, o direito à intimidade refere-se ao próprio *direito de ser deixado em paz*, com fulcro na defesa da intromissão e do interesse alheio ao domínio íntimo de cada um, em que, através dos mais modernos meios tecnológicos de espionagem, se vasculha a vida das pessoas indiscriminadamente e expõe-se a vida íntima publicamente. Dessa forma, “o direito à intimidade estaria ligado diretamente ao direito de fazer e não fazer”,²⁹ considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana “impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”.³⁰

No que tange aos direitos à intimidade e à privacidade, consideram-se as intensas modificações no âmbito social, trazidas pela tecnologia, para uma ampla proteção destes.

Embora se considere a inviolabilidade da vida íntima e privada ser característica fundamental da dignidade humana, tais direitos encontram-se cada vez mais encurralados numa sociedade onde prevalece o interesse coletivo à individualidade pessoal, não se está defendendo a abnegação da solidariedade ou interesses de índole social. Mas, que se vislumbra cada vez mais a impossibilidade de se *cercar* a vida privada contra a *bisbilhotice* de outrem. Principalmente por ser recorrente a colisão do direito à

²⁸ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris, 2000, p. 140.

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro, RJ: Borsoi, 1971, p. 124.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2008, p. 116.

intimidade e à privacidade com o direito à informação, também assegurado constitucionalmente (art. 5º, X, V, IX e XIV). Conflitos estes que deverão ser solucionados pelo aplicador do direito, o juiz, fundando-se nas “regras de aplicação da proporcionalidade”.³¹

Nesta senda, sob o ensejo, principalmente do direito à informação, tem-se que:

[...] a intimidade alheia foi encarada, ainda que em dimensão última, como a derradeira cidadela do indivíduo, cuja indevassabilidade abriga-se à sombra protetora da Constituição e inclui-se no conjunto dos direitos fundamentais atinentes à personalidade do homem e da mulher. A não ser assim, a ampliação extremada do direito a ser informado e de transmitir informação importaria na possibilidade de se desvelar, com o suporte a cogência suprema da Constituição, o território mais recôndito dos seres humanos, capaz, por isso mesmo, de ser sonegado ao conhecimento geral por decisões própria e insubtraível de cada pessoa.³²

Pode-se afirmar que, dentre o direito de se ver resguardada a esfera da vida íntima e privada do conhecimento de terceiros e o direito à informação, dever-se-á fazer uma ponderação razoável entre tais direitos. No que tange à informação, deve estar presente a necessidade afeita ao interesse público – social ou coletivo – para tornar públicas informações que dizem respeito à vida íntima e privada de terceiros. O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 12 de junho de 2008, acompanha tal entendimento, *in verbis*:

Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis - Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de tv - Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais [artigos 1º, III e 5º, V e X, da CF] - Manutenção da tutela antecipada

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008, p. 79.

³² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2003, p. 530.

expedida no agravo de instrumento nº 472.738-4 e confirmada no julgamento do agravo de instrumento nº 488.184-4/3 - Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em websites, por não ter ocorrido consentimento para a publicação - *Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC*, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção. (grifou-se).³³

De outro lado, supondo o exemplo que diz respeito a uma pessoa que tem vida pública, quando esta a expõe de forma a dispor de sua intimidade publicamente, em lugares coletivos, há que se mitigar a inviolabilidade deste direito. Vez que a proteção constitucional em relação àqueles que desempenham atividade política deve ser interpretada de uma forma mais cingida, necessitando-se de um grau mais elevado de tolerância no cotejo com a violação da intimidade e da privacidade, pois há que se considerar que os políticos, por deterem uma especial fiscalização afeita ao ofício público, oriunda do povo que os elegeram, têm essas esferas da personalidade certamente mais invadidas pelo interesse de terceiros.

Assim sendo, ao direito ao conhecimento que advém da informação contrapõe-se o direito ao isolamento privado, que ergue barreiras à curiosidade pública a fim de que os bens e valores do mundo íntimo não sejam expostos à luz do dia e transformados em domínio geral ou de terceiros interessados em desvendar as ocultações individuais.³⁴

A rigor, apesar de haver certa mitigação no integral gozo desse direito, dever-se-á utilizar a regra da proporcionalidade para que essa restrição não provoque uma violação indevida. Assim, quando da lesão ou ameaça de lesão aos direitos da intimidade e da privacidade que provoque a inviabilidade do livre desenvolvimento da personalidade e impeça de se viver dignamente, faz-se premente a atuação do Poder Judiciário através da tutela processual para cessar o a lesão ou evitar que ela se consuma.

³³ Cf. Decisão TJ-SP 556.090.4/4-00. Disponível em: <<http://www.leonardi.adv.br/blog/decisao-tj-sp-55609044-00/#more-813>>. Acesso em: 29 out. 2010.

³⁴ CASTRO, op. cit., 2003, p. 532.

4 TUTELA JURISDICIONAL

Por obra do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessa norma pode-se apreender que, por essa norma a todos é assegurado o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, conjecturando, dessa forma, um direito fundamental. Direito fundamental este que, como corolário de uma das facetas da garantia de acesso à justiça, não se configura tão só pelo ensejo de se *adentrar às portas do Judiciário*, muito menos se resume à mera sentença de mérito. Mais do que isso, ele se perfaz em tantas quantas forem as necessidades do direito material.

Sob a locução do acesso à justiça, não se deve ater simplesmente ao seu aspecto de formalização de instrumento de *começo* da atividade jurisdicional, mas está incluído aqui nessa concepção o acesso a uma ordem jurídica justa, que se adapte às necessidades do direito material, proporcionando a efetividade da prestação, sendo somente desta maneira que se poderá realmente conjecturar um legítimo acesso à justiça.

Na atividade jurisdicional, fulcrada na Constituição, o juiz passa de fiscal da lei para fiscal da Constituição, com o desígnio de tutelar os direitos, notadamente os direitos fundamentais. Para que se conquiste uma maior efetividade da tutela jurisdicional faz-se necessária a utilização de instrumentos que corroboram para uma interpretação constitucional intimamente relacionada às constantes mutações realidade.

Com a impossibilidade da justiça privada, delegou-se ao Estado o monopólio da jurisdição, bem como o dever de tutelar de forma efetiva todas as conjecturas conflitivas concretas. Preme-se por um Judiciário que suplante as formas processuais tão arraigadas tanto na doutrina como na jurisprudência e se conceba uma jurisdição fundada nos conteúdos da tutela dos direitos fundamentais. É tempo de se arrazoar o processo como aparelho suscetível a alcançar os objetivos sociopolítico e jurídico da sociedade, inserindo-o à realidade que o circunda para melhor utilizar seu instrumental a favor da efetividade de sua atuação.

Vislumbra-se, dessa forma, que o Judiciário, ante novo horizonte que se desvela, prezando por efetividade e celeridade, não se coaduna mais com uma interpretação meramente mecânico-formalista, mas, sim, que, frente às necessidades de seus jurisdicionados, possa valer-se do processo como instrumento de abertura de sua prestação garantindo-se os direitos que premem

por tutela.

A constitucionalização do processo se opera pelo reconhecimento do caráter garantista existencial do direito através do processo, dotado de uma dimensão emancipatória e democrática de afirmação da autonomia individual, o que rechaça, de logo, as referidas concepções estritamente formais ou positivistas, ou mesmo de cunho discursivo. Nesse sentido, a constitucionalização do processo apenas se caracteriza pela existência de um regime constitucional do processo; ou seja, não basta a mera referência a alguns institutos e algumas garantias processuais de forma tópica ou enunciativa, fazendo-se mister a consagração sistemática do processo que viabilize a identificação de um regime jurídico constitucional – ainda que não seja, evidentemente, exauriente ou mesmo minudente -, vinculante para os órgãos de soberania no exercício, também processual, das suas funções e competências constitucionais.³⁵

Ou seja, somente através de uma revolução jurídica que adentre à sua substancialidade é que os preceitos constitucionais de natureza democrática, bem como os ligados aos direitos fundamentais se efetivarão por meio de uma atividade jurisdicional voltada aos fins sociais do processo e atrelada, principalmente, aos princípios e às garantias constitucionais com o intuito de atingir a tão desejada justiça social.

Neste sentido, no que tange à jurisdição contemporânea, Luiz Guilherme Marinoni assevera que:

Em resumo: quando se afirma que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos se quer dizer que a jurisdição tem o dever de aplicar a lei na dimensão dos *direitos fundamentais*, fazendo sempre o *resgate dos valores substanciais neles contidos*. Tutelar os direitos, em outros termos é aplicar, diante das situações concretas, a partir dos direitos fundamentais. É o atuar a lei na medida das normas constitucionais e dos valores nelas encerrados. Há

³⁵ DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). **Constituição e processo**. Salvador, BA: Podivm, 2007, p. 384.

um nítido *plus* em relação à teoria chiovendiana e uma intenção que nem sequer passava pela cabeça dos antigos doutrinadores, que viam na jurisdição uma função voltada à tutela dos direitos subjetivos privados violados.

Ao se dizer que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, deseja-se igualmente por às claras que ela tem o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição. Em termos concretos, o que se quer é evitar que a idoneidade técnica do processo ou a falta de compreensão constitucional do juiz impeçam a efetiva proteção das diferentes necessidades do direito material – como, por exemplo, a tutela preventiva (a tutela inibitória) de um direito da personalidade.³⁶

A atividade jurisdicional, visando à tutela dos direitos, estabelece um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pois este direito preza pela efetiva proteção do direito material. Ademais, Luiz Guilherme Marinoni aponta com mais profundidade no que compreenderia o direito à tutela jurisdicional efetiva. Senão vejamos:

O direito à prestação jurisdicional efetiva não pode ser visto como um direito a uma prestação fática. Mas também não pode ser visto apenas como: i) o direito à técnica processual adequada, ii) o direito de participar através do procedimento adequado, ou iii) o direito à resposta do juiz. Na verdade, o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba esses três direitos, pois exige técnica processual adequada (norma processual), instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação (p, ex., ações coletivas) e, por fim, a própria resposta jurisdicional.³⁷

Afirma, ainda, o citado autor: “a obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material”³⁸

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**: curso de processo civil. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 141-142.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 378, jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

³⁸ MARINONI, op. cit., 2008, v. 1, p. 118.

Com efeito, ante a crescente mutação social fomentou-se o surgimento de novas relações jurídicas que influenciam a criação de técnicas processuais que se adequassem à hodierna realidade de tutela do direito substancial. “Trata-se da tutela preventiva, a única capaz de impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia, através de uma inconcebível expropriação de direitos fundamentais para a vida humana”.³⁹

A tutela dos direitos da personalidade, dada sua característica intimamente ligada à tutela da própria dignidade da pessoa humana, necessita de uma proteção que se adéque às suas peculiaridades, conformando-se, assim, à tutela inibitória, tendo em vista que, sob a dicção do art. 461, extrai-se a seiva normativa de uma nova forma de tutela jurisdicional que tem o condão de concretamente possibilitar a prevenção da ocorrência do ilícito. Passa-se a analisá-la.

4.1 A PROTEÇÃO PROCESSUAL DO DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE: A TUTELA INIBITÓRIA

Ante a assertiva de que “o processo civil deve estar estruturado de modo a viabilizar a adequada tutela dos direitos”,⁴⁰ tem-se que a tutela inibitória surgiu visando o cumprimento da norma constitucional consagradora do acesso à justiça, onde encontra seu fundamento. E este acesso reflete-se, essencialmente, quando existem meios adequados à tutela dos direitos. Outrossim, assevera Joaquim Felipe Spadoni que:

O dispositivo constitucional garante, assim, não apenas um devido processo legal tendente a uma tutela jurisdicional repressiva, atuada após a lesão do direito, com o fim de que seja feita a reparação dos danos causados ou a sua reintegração. É assegurado, também, o acesso a um processo tendente a evitar a lesão do direito, o acesso a uma tutela jurisdicional preventiva, atuada quando ainda existe apenas a ameaça de lesão, e não já violação consumada.⁴¹

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 3. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2006, p. 24.

⁴⁰ *Ibidem*, 2006, p. 32.

⁴¹ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva no art. 461 do CPC. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

O procedimento da tutela inibitória como inicialmente foi previsto no Código de Processo Civil, reservava-se tão só ao resguardo da propriedade e da posse. Ou seja, antes da completa reforma de 1994 não havia qualquer alusão à possibilidade desse procedimento tutelar direitos não patrimoniais, como os direitos da personalidade, sendo estes apenas protegidos pelos procedimentos ressarcitórios.

Inobstante ter sido concebido pela Constituição Federal um direito geral de prevenção, em que o Judiciário terá o dever de proteger, conforme se depreende do art. 5º, XXXV, *in fine*: “[...] ameaça a direito”, a atividade jurisdicional era abjeta a qualquer dos valores escudados pelo Texto Constitucional.

Nesta senda, face à Constituição, que tem na cláusula geral de tutela da pessoa seu fundamento e diante de uma ameaça de violação a direito, pretende-se garantir o pleno acesso à justiça, sendo necessário se estabelecer uma tutela jurisdicional com aptidão de garantir aos direitos da personalidade – de maneira efetiva e adequada – sua inviolabilidade. Deste modo, “a tutela inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na ‘dignidade da pessoa humana’ e que se empenha em realmente garantir – e não apenas em proclamar – a inviolabilidade dos direitos da personalidade”.⁴²

Deve-se, então, pensar o processo à luz dos valores do Estado, pois, diante na nova perspectiva em que se analisa o processo civil, não há que se admitir uma tutela estritamente fulcrada em procedimentos de natureza ressarcitória, visto que ela atravanca uma proteção jurisdicional efetiva.

Desta maneira, “[...] a ausência de uma tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores”.⁴³

Não basta simplesmente promover o integral direito de ação; deve-se, ademais, colocar à disposição técnicas processuais adequadas, que realmente sejam aptas a tutelas as mais variadas circunstâncias da vida real. Segundo o entendimento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, para se ter real acesso à Justiça deverá ocorrer uma:

Ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos

⁴² MARINONI, op. cit., 2006, p. 304-305.

⁴³ MARINONI, op. cit., 2006, p. 80.

do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade. Recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça.⁴⁴

Dessa forma, infere-se, assim, a importância da implantação de procedimentos e técnicas diferenciadas para atender adequadamente à tutela dos direitos da personalidade. Ou seja, não somente se reafirma a suplantação da utopia da ordinariedade processual, em que se torna o processo supostamente neutro com relação ao direito substancial; mas, também, tem-se em vista que “a vertiginosa transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que a técnica passe a ser manipulada de modo a permitir a adaptação do processo a novas realidades e à tutela das várias situações de direito substancial”.⁴⁵

Fomenta-se, sobremaneira, a plena autonomia das tutelas inibitórias, que, por lhes serem inerentes uma atuação antecipada diante de um justo receio de uma futura violação, promovem e viabilizam de *modo integral* a efetividade do direito material, prevenindo seu fenecimento. Deve-se valer de um processo inserido numa realidade social e valorado com os fins que o Estado Constitucional se comprometeu, para alcançar a efetividade da prestação jurisdicional.

Na acepção de Luiz Guilherme Marinoni “a tutela inibitória deve ser compreendida como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano”.⁴⁶

Após todas as reformas que sofreu o processo civil, pode-se afirmar que realmente houve uma constitucionalização do processo e a implantação de um sistema que preme por conferir efetividade aos direitos que consagra. Ora, “até a reforma que introduziu o art. 461, não havia uma ação adequada à prevenção do ilícito no Código de Processo Civil”.⁴⁷

Deflagra-se que há direitos inerentes à pessoa humana onde é quase impossível se realizar a correta conversão em pecúnia, principalmente quanto aos direitos referentes à intimidade e à privacidade. Imprescindível se faz a

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 8.

⁴⁵ Ibidem, 2002, p. 23-24.

⁴⁶ MARINONI, op. cit., 2006, p. 45.

⁴⁷ MARINONI, op. cit., 2006, p. 68.

utilização de tutelas de natureza preventiva, pois é menos pernicioso se evitar a lesão do que se ressarcir o dano.

Ademais, a tutela preventiva apresenta uma grande preocupação com a ampla proteção dos direitos fundamentais e com a garantia da dignidade. Pois, especificamente no que tange aos direitos da intimidade e da privacidade, uma vez lesado tais direitos não há mais como retroceder, o ressarcimento não restabelece o *rasgo* na dignidade do lesionado.

A utilização da tutela repressiva, para proteger os direitos não patrimoniais é inábil para devolver o *status quo* ante a lesão, não havendo a possibilidade de após lesionado a vida íntima ou privada se regressar ao patamar inicial. Porquanto, uma vez exposta a vida privada de alguém a conhecimento alheio, jamais retornará ao estado de recolhimento e recato que detinha antes, uma vez que “nem todos os tecidos deixam costurar-se de tal arte que a cicatriz desapareça por inteiro”.⁴⁸

Com efeito, o indivíduo tão só por ter *existência* e ser dotado de personalidade, conjectura-se titular de direitos, fazendo jus à sua concretização por meio da tutela inibitória.

O direito à adequada tutela jurisdicional corresponde, no caso de direito não patrimonial, ao direito a uma tutela capaz de impedir a violação do direito. A tutela inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na dignidade da pessoa humana e que se empenha em realmente garantir, e não apenas proclamar, a inviolabilidade dos direitos da personalidade.⁴⁹

Assim, tem-se que “esses novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis são as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos, são elas que os ativam, para torná-los efetivos”.⁵⁰ Complementa-se que “a preocupação fundamental é, cada vez mais, com a ‘justiça social’, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas

⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil**. São Paulo, SP: Saraiva, 1980, p. 23.

⁴⁹ MARINONI, op. cit., 2006, p. 298.

⁵⁰ CAPPELLETTI, op. cit., 2002, p. 69.

comuns”.⁵¹

Neste sentido, pode-se afirmar que o procedimento afeito à tutela inibitória, por utilizar-se de técnicas que têm o escopo de prevenir a ocorrência do dano, torna-se de extrema importância no resguardo dos direitos da personalidade, não por guardarem elas conformidade com determinações constitucionais, mas por serem um dos instrumentos processuais mais palpáveis à tutela dos direitos e seus resultados serem visíveis mundo fático, configurando-se como o mais lícito mecanismo de acesso e realização da Justiça.

[...] a lesão da esfera da personalidade do sujeito, pelas características que desta são típicas, não consente dilações na intervenção da tutela e, uma vez realizada, não pode ser, de regra, removida com provimentos sucessivos de garantia dos direitos da personalidade, podendo-se conseguir, ao menos em regra, apenas através da adoção de medidas preventivas de tutela. Sob este aspecto não devem ser olvidadas aquelas posições sobretudo da doutrina, que propugna um repensar – *de iure condendo* – da disciplina dos direitos da personalidade, em ordem à tutela em relação às lesões que possam ser determinadas, sobretudo com referência à matéria da colheita e difusão das notícias que hoje se põem como o terreno mais delicado de agressão à esfera da personalidade do sujeito.⁵²

A precaução proporcionada pela tutela inibitória, impedindo a realização do ilícito, patrocina a proteção destes direitos, que são insatisfatoriamente protegidos pela tutela de natureza ressarcitória, que apenas promove a conversão em pecúnia, sendo que jamais contribuirá para se retornar ao estado primitivo.

A tutela inibitória, ao estabelecer seu autêntico objetivo de se evitar a ocorrência do ilícito, não poderá cumprir sua finalidade sem coerção, já que há a necessidade de se valer de medidas coercitivas para se obter êxito com tal prevenção. Ademais, o art. 461, § 4º, CPC, prevê várias possibilidades de que pode o juiz se utilizar, no desempenho da providência inibitória, para uma ação coercitiva das obrigações de fazer e não fazer.

⁵¹ CAPPELLETTI, op. cit., 2002, p. 93.

⁵² GIACOBBE, Giovanni. L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. *Diritto sostanziale e strumenti di tutela. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano n. 3, p. 877, setembro, 1983, apud ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2000, p. 108. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 2).

Mas nem sempre foi assim. Por orientação da maior parte das legislações modernas que nortearam também o CPC, os procedimentos judiciais de natureza obrigacional eram isentos de qualquer cunho coercitivo, sob o argumento de que, se houvesse, feriria a essência do “regime democrático”, por interferência na liberdade das pessoas. Contudo, esse procedimento judicial foi mascarado com um claro resquício de ideias liberais-burguesas na implantação desta forma de proteção. Sérgio Cruz Arenhart nos esclarece que:

De toda sorte, observa-se da regra mencionada a impotência da legislação processual tradicional para lidar com as obrigações infungíveis (especialmente aquelas que impõem um não fazer). O art. 461 do Código de Processo Civil (com redação dada pela Lei 8.952/94) vem exatamente carrear no processo em geral mecanismos capazes de romper com o dogma da incoercibilidade das obrigações, permitindo ao juiz usar de meios de pressão capazes de influir na vontade do demandado, compelindo-o a praticar ato a que não se dispunha, ou a abster-se da realização de alguma coisa que pretendia fazer.⁵³

As tutelas preventivas – *in casu*, a tutela inibitória – são aptas a tutelar jurisdicionalmente os direitos da personalidade, pois, além de se conter em tais tutelas a possibilidade de ordem judicial que cesse ou abstenha a prática de ilícito, há também meios coercitivos competentes para provocar uma efetiva *força psicológica* para que a parte contrária cumpra prontamente a referida ordem.

A tutela inibitória, ao impedir a ocorrência do ilícito de forma direta e definitiva, é a única proteção jurisdicional que favorecerá a incolumidade dos direitos da personalidade íntimos e privados, impedindo-se que de alguma forma se possa adentrá-las sem qualquer autorização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de ser ínsito aos direitos da personalidade, do qual são espécies a vida íntima e a privada, a característica da inviolabilidade, tais direitos sofrem

⁵³ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2000, p. 191. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 2).

constantemente fissuras irreparáveis, que, diante das novas tecnologias que defloram a intimidade, torna-se irretorquível tentar mantê-la numa *arredoma intocável*. Assim, a tutela processual é imprescindível para o desígnio de se evitar esses *rasgos* na vida íntima e privada das pessoas, para que lhes seja garantida sua dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade.

A irrenunciabilidade do emprego da tutela inibitória decorre da concordância de que os direitos carecem de tutela de maneira preventiva, direta e definitiva, principalmente diante do aparecimento de novas situações jurídicas sustentada pelo crescente desenvolvimento tecnológico, que torna dificultosa uma adequação contínua do ordenamento jurídico. Deve-se, portanto, o processo estar coerentemente ajustado a esses *novos direitos*, no afã de valer-se de técnicas adequadas às novas conjunturas da realidade, no *rastro* da tão almejada *efetividade do processo*, garantindo os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade.

Assim, frente a fundamentalidade de tais direitos, é premente evitar-se sua violação. E, perante a deficiência da tutela ressarcitória em protegê-los a *contento*, dever-se-á valer-se da tutela inibitória como procedimento e técnica mais adequada para tutelá-los, com o intuito de se resguardar plenamente a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção Temas de Direito Processual Civil, v. 2).

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CARREJO, Simon. **Derechos civil**. Bogotá: Themis, 1972.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1995.

DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coords.). **Constituição e processo**. Salvador, BA: Podivm, 2007.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

FAROREU, Louis. La constitutionalisation du droit. In: AUDY, Jean-Bernard, et al. **L'unité du droit: mélange en hommage à Roland Drago**. Paris: Economica, 1996.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. **La intimidad como derecho fundamental**. Madrid: Colex, 1998.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Mini dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo, SP: Cia das Letras, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 378, jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

_____. **Teoria geral do processo**: curso de processo civil. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1.

_____. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 3. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2006.

MOTA PINTO, Paulo. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil**. São Paulo, SP: Saraiva, 1980.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1986.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro, RJ: Borsoi, 1971.

RODRIGUES, Dirceu A. Victor. **Dicionário de brocardos jurídicos**. São Paulo, SP: Sugestões Literárias, 1976.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo, RS: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Recebido em: 16 junho 2012.

Aceito em: 22 junho 2012.