

O caso “SPAM e a intimidade” no STJ: um estudo sobre o REsp nº 844.736

Marco A. R. Cunha e Cruz¹

Resumo: O objetivo do presente artigo é examinar qual foi a postura do Superior Tribunal de Justiça quando decidiu se o envio de *spam* afeta ou não a intimidade. É indiscutível que o direito à intimidade na *Sociedade da Informatizada* é um assunto que cobra, cada vez mais, veemente importância. Como ainda não há um caminho legislativo específico para se tratar a relação entre os direitos da personalidade e a *Sociedade Digital*, os tribunais têm oferecido respostas para o deslinde, e, dentre estas, figura o REsp nº 844.736. O método eleito para se fazer a análise deste julgado se pautou, precipuamente, no manuseio de um referencial teórico sobre o direito constitucional à intimidade, com o fim de, servindo-se dos elementos de interpretação jurídica, contrastar a teoria consultada com o que foi decidido no aludido acórdão. Como resultado, depreende-se que o conceito de intimidade emergiu do filosófico foro interno, intrassubjetivo, estático, da interioridade ao foro externo, dinâmico, prático, da alteridade, respeitadas, pois, suas implicações intersubjetivas, ampliando seu âmbito, por conseguinte, até a *autodeterminação informativa*. A principal conclusão extraída deste instigante caso é que não se discorda da parte dispositiva da decisão exarada, no entanto, estima-se que o *Tribunal da Cidadania* perdeu a oportunidade de ter aprofundado acerca da intimidade na *Sociedade Informatizada*.

Palavras-chave: Vida Privada – Intimidade – Autodeterminação Informativa – Internet – Sociedade Informatizada - *Spam*

*Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla. Atualmente é Professor Titular III e Pesquisador Acadêmico do Núcleo de Pós-Graduação em Direito da Universidade Tiradentes. É membro do Cadastro Nacional de Avaliadores de Cursos de Direito do INEP/MEC. É Editor de Seção do periódico Araucaria - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades (Universidad de Sevilla - España) e da Revista Espaço Jurídico (Unoesc - SC). É avaliador *ad hoc* de periódicos especializados. Tem experiência na área de Direito Constitucional, com ênfase em Direito da Comunicação Social, atuando principalmente nos seguintes temas: dignidade da pessoa humana, direitos humanos, direitos fundamentais, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, direito à informação, direitos da personalidade, direito à própria imagem.

El caso “SPAM y la intimidad” en el STJ: un estudio sobre el REsp n° 844.736

Resumen: El objetivo de este artículo es examinar cuál fue la postura del Tribunal Superior de Justicia cuando decidió si el envío de *spam* vulnera o no la intimidad. Es indiscutible que el derecho a la intimidad en la *Sociedad Informatizada* es un asunto que cobra, cada vez más, vehemente importancia. Por el hecho de que todavía no hay legislación específica sobre la relación entre los derechos de la personalidad y la *Sociedad Digital*, los tribunales tienen dado respuestas para el debate, y, entre éstas, figura el juzgado REsp n° 844.736. El método elegido para analizarse este caso se pautó, primordialmente, en el manejo de un referencial teórico sobre el derecho constitucional a la intimidad, con la finalidad de, valiéndose de los elementos de interpretación jurídica, contrastar la teoría consultada con lo que se decidió en la aludida sentencia. Como resultado, se infiere que el concepto de intimidad emergió del filosófico foro interno, intrasubjetivo, estático, de la mismidad al foro externo, dinámico, práctico, de la alteridad, respetadas, por cierto, sus implicaciones intersubjetivas, ampliando su ámbito hasta la *autodeterminación informativa*. Como principal conclusión extraída de este interesante caso, no se discuerda de la parte dispositiva de la decisión, sin embargo, se estima que el *Tribunal da Cidadania* perdió la oportunidad de profundizarse sobre la intimidad en la *Sociedad Informatizada*.

Palabras-clave: Vida Privada – Intimidad – Autodeterminación Informativa – Internet – Sociedad Informatizada – *Spam*

Sumário: 1. Introdução 2. Apresentação do caso: REsp nº 844.736 3. A evolução conceitual do direito à intimidade 4. Da resolução do caso pelo STJ 5. Conclusões 6. Referências

1. Introdução

É indiscutível que o direito à intimidade na *Sociedade da Informação* é um assunto que cobra, cada vez mais, veemente importância. De fato, dentre as várias invenções que alteraram de forma efetiva o comportamento da Sociedade, a *internet* protagoniza um posto proeminente. Entretanto, a utilidade da *rede* como fonte de informações e como instrumento de comunicação e aproximação das pessoas é diretamente proporcional à ampliação das possibilidades de lesão às liberdades individuais, destacando-se, dentre estas, a intimidade. O avanço tecnológico, indisputavelmente, proporciona de uma maneira mais veloz a comunicação do ser humano, dinamiza os meios pelos quais este se relaciona, e, decerto, potencializa a captação, o armazenamento e o envio de informações, que podem ser desejadas ou indesejadas. É aqui onde se podem cometer abusos. O uso lesivo da informática no seio do direito fundamental à intimidade leva à busca de formas de controle ao acesso de informações sobre o indivíduo e o destino que se faz delas. E dadas a velocidade e a volatilidade do fluxo de informações sobre a pessoa na *internet*, as repostas jurídicas para os abusos cometidos na *rede* podem se tornar eficazes por um certo tempo, mas obsoletas e inflexíveis. E é por isto que a intrincada relação do direito à intimidade e a *internet* merece um palco para estudo.

Ante a ausência de legislação robusta que discipline a intimidade ou que regule a sua proteção na *internet*, a jurisprudência tem sido invocada para solucionar estes embates *juscibernéticos*. Efetivamente, a transição da *Sociedade Agrária* do século XIX para a *Sociedade urbana e industrial* do século XX até a *Sociedade Informatizada* do século XXI reclama sim uma legislação específica, mas os instrumentos legislativos que se propõem a tratar este tema têm de ser, sobretudo, ponderados, para não restringirem liberdades fundamentais. Estão, por exemplo, em processo de maturação no Congresso Nacional o *PL-2126/2011*, que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil” (Marco Civil na Internet), e o *PL-84/1999*, que “dispõe os crimes cometidos na área da informática, suas penas e outras providências”. Nada obstante, como ainda não se tem um caminho legislativo específico para se tratar a relação entre os direitos da personalidade e a *Sociedade Digital*, os tribunais têm oferecido respostas para o deslinde, como é o caso examinado neste *paper*: **o SPAM e a intimidade**.

Neste sentido, o presente trabalho se centra, exclusivamente, na evolução conceitual constitucional da intimidade, apontando as virtudes e as vicissitudes encontradas no REsp 844.736. Para este labor, apresenta-se o caso, discorre-se sobre a evolução do conceito do direito à intimidade, examinam-se as premissas contidas no acórdão do STJ epigrafiado, para ao final se externar algumas breves conclusões.

2. Apresentação do caso “SPAM e a intimidade” no STJ: o REsp nº 844.736

Na origem, propôs o autor, advogado, ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais em que alega ter recebido *spam* (entre os usuários de *internet*, é denominada *spam* ou *spammers* a mensagem eletrônica comercial com propaganda não solicitada de fornecedor de produto ou serviço) de um restaurante que exerce atividades próprias de casa noturna, pois oferece *happy hours*, shows de *strip-tease*, com dois telões, pista de dança, camarotes e despedidas de solteiro. Informou que os e-mails continham fotos de mulheres com vestimentas vulgares, ou mesmo nuas, em poses sugestivas e sensuais. Alegou que mesmo tendo solicitado por duas vezes que seu endereço eletrônico fosse retirado do *mailing list*, eles continuaram a ser enviados. Sustentou que o recebimento dessas mensagens causava-lhe embaraços, especialmente quando se reunia com seus clientes utilizando seu computador portátil com acesso à rede mundial de computadores (*internet*), quando era obrigado a justificar o recebimento das mensagens indesejadas. Aduziu que o mesmo constrangimento experimentava com sua esposa, razão até por que evita que essa utilize o seu computador pessoal.

A primeira instância deferiu a antecipação de tutela, determinando ao restaurante que se abstinhasse de remeter as mensagens eletrônicas indesejadas, fixando multa diária no valor de R\$100,00, no caso de eventual descumprimento, e *a posteriori* julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a requerida, a título de danos morais, ao pagamento de R\$5.000,00 (cinco mil reais), corrigidos pelo IPC a partir da data do julgamento, acrescidos de juros de mora, contados a partir do evento lesivo.

No entanto, o TJDFT proveu apelação do estabelecimento e reformou a sentença sob os seguintes fundamentos: *a)* o simples envio de *e-mails* não solicitados, ainda que dotados de conotação comercial, não configuraria propaganda enganosa ou abusiva para incidir o CDC; *b)* não haveria dano moral a ressarcir, porquanto não demonstrada a violação da honra, da imagem, da intimidade, ou da vida privada: *b.1)* o envio e o recebimento dos *e-mails* não-solicitados se deram no mais recôndito da intimidade do autor, não havendo qualquer

evidência de que seu conteúdo e destinatário tenham sido objeto de divulgação; *b.2*) o conteúdo das mensagens não se referia ao autor, tampouco a divulgação aludia à sua personalidade, como se daria na divulgação da empresa de que o autor seria usuário constante da boate e dos serviços por ela prestados; *b.3*) não se demonstrou que o recebimento dos e-mails indevidos teria ultrapassado a esfera da estrita intimidade do requerente, não tendo resvalado para o conhecimento de terceiros. Não alcançou a esfera da convivência privada necessária do postulante, haja vista que o conteúdo das mensagens somente era conhecido do autor (e da ré, obviamente); *b.4*) para evitar o alegado aborrecimento, bastava que o autor não abrisse as mensagens, apagando-as sem tomar conhecimento de seu inteiro teor, pois assim se pronuncia o Comitê Gestor da Internet no Brasil, criado pela Portaria Ministerial nº 183, de 03/07/1995.

Na Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator originário, que ficou vencido, após discorrer sobre a origem do *spam*², defendeu que o envio de mensagens com propaganda, quando não autorizada expressamente pelo consumidor, constitui atividade nociva que pode, além de outras consequências, gerar um colapso no próprio sistema de *internet*, tendo em vista um grande número de informações transmitidas na rede. O *spam* teria um custo elevado para sociedade, pois os provedores teriam de investir na capacidade de armazenamento e desenvolvimento de programas “anti-spam”, além de ressaltar o risco dessas mensagens indesejadas conterem “vírus” eletrônicos causadores de danos. Observou que não há legislação específica para o caso de abusos, embora existam projetos de lei em tramitação no Congresso. Por este motivo, aplicar-se-ia por analogia o CDC. Após várias reflexões sobre o tema, reconheceu a ocorrência do dano e a obrigação de o restaurante retirar o autor de sua lista de envio de propaganda, e a invasão à *privacidade* do autor, restabelecendo a sentença.

De outro lado, para a tese vencedora, capitaneada pelo Min. Honildo de Mello Castro, não houve o dever de indenizar, porque existem meios de o remetente bloquear o *spam* indesejado, aliados às ferramentas disponibilizadas pelos serviços de *e-mail* da *internet*

² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 844.736, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Honildo de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Julgado em 27/09/2009, DJe: 02/09/2010. Aduz o Ministro Luis Felipe Salomão que: “o termo *spam*, sinônimo de mensagem eletrônica comercial não solicitada, comumente caracterizada como lixo eletrônico, teve origem em uma cena do grupo de comediantes ingleses Monty Python, que satirizava uma empresa norte-americana de carne enlatada chamada SPAM. Na cena, uma garçonete lê o cardápio a um casal, repetindo incessantemente a palavra *spam*, já que todos os pratos são acompanhados do produto. A comunidade de internautas passou, então, a utilizar a expressão como publicidade indesejada que abarrota as caixas postais eletrônicas, obstruindo mensagens relevantes (ERENBERG, Jea Jaques. Publicidade patológica na Internet à luz da legislação brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 58; HOSCMAN, Heriberto Simon. Negocios en Internet. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005, p. 196)”

e *softwares* específicos. Não vislumbrava, ademais, a ilicitude do *spam* por falta de previsão legal, além de não conter ataques à honra ou a dignidade de quem o recebe. Advertiu, também, que pensar de outra forma resultaria na banalização do dano moral e na pulverização de ações indenizatórias por envio de *spam*, o que afetaria indubitavelmente a política judiciária de multiplicidade de recursos. Manteve, pois, a decisão do Tribunal *a quo*.

De fato, louvável a tese sobressalente, mas o STJ poderia ter enriquecido o debate com algumas ponderações mais robustas. Não foi discorrido o conceito constitucional de vida privada, nem o de intimidade, tampouco a relação destes bens com a *internet*. Isso é o que se agora passa a fazer.

3. A evolução conceitual do direito à intimidade

Do latim *intimus*, intimidade é o mais recôndito, *in eo sacrario intimo*, o interior, o secreto, o profundo, de confiança. Assim o sagrado e o secreto se correlacionariam. *Secreto* provém de *secerno*, separado, apartado, distante, é dizer, a pessoa distancia os estranhos de sua intimidade. Também se extraiu o termo intimidade das expressões do latim *intima amicitia* (amizade íntima), é dizer, o íntimo não se deve divulgar sem o consentimento da pessoa. *Privar* é sinônimo de *segregar*, referindo-se ambos a *separar*. Por isso, há contato entre *separado* e *secreto*. Sem embargo, usualmente ambos termos se distinguem: o secreto reforça o valor do privado, pois secreto é aquilo que se esconde, e privado o que não se quer dar publicidade. No âmbito jurídico, é comum a utilização da palavra *reserva* e assim, em italiano se utiliza a expressão *diritto alla riservatezza*³. Nada obstante, entre reservado e privado há uma diferença: pode-se viver privadamente sem necessariamente ser reservado; a reserva é mais uma disposição do ânimo que um modo exterior de viver⁴.

O tempo *privacidade* é um anglicismo, provém de *privacy* e teria como correspondente o latim *privatus*: privado, próprio, individual, pessoal: *in privato*. O termo com o qual se designa a proteção da esfera privada da pessoa não responde a um conceito unitário no sistema jurídico-constitucional estadunidense. Desde sua gênese, tal concepção adquire uma conotação ampla, caracterizada pelo rechaço de toda intromissão não consentida na vida privada. Formulou-se a *privacy* em termos de segredo, autonomia, individualidade, desenvolvimento da personalidade, liberdade de eleição em assuntos pessoais, como substrato

³ Vid. HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 74. Aos adjetivos público e secreto correspondem os substantivos publicidade e segredo. A língua italiana corrente não tem um substantivo abstrato correspondente a *privado*, diz-se privação como publicação, mas não privacidade que traduziria o inglês *privacy*.

⁴ *Id.*

essencial da inviolabilidade da dignidade pessoa, e, atualmente reivindica-se como direito a controlar a informação sobre a sua pessoa. Como ressaltado por SALDAÑA DIAZ, no contexto anglo-saxão, a *privacy* tem correlação com a ideia de liberdade traduzida na autonomia individual defendida por J. STUART MILL (*On Liberty*: 1859), a qual centrava seus argumentos na proteção absoluta dos aspectos que unicamente ao indivíduo lhe competiam, como seu corpo e sua mente⁵.

Uma primeira questão a ser esclarecida é, pois, a diferença terminológica existente no inciso X, do artigo 5º do texto constitucional brasileiro: “*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*”⁶. Ainda, no mesmo artigo são previstos: a

⁵ SALDAÑA DÍAZ, María Nieves. La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica, *Araucaria: Revista Iberoamericana Filosofía, Política y Humanidades*, Año 8, Nº 18, p. 85-115, Segundo Semestre de 2007.

⁶Vid. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004; BITTAR, Carla Bianca. A Honra e a Intimidade em face dos direitos da personalidade, In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.121 – 132; ATHENIENSE, Alexandre. As transações eletrônicas e o direito de privacidade, *Fórum administrativo*, v.2, n.19, p.1170-1177, set. 2002; BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997; DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980; JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; VIEIRA, S. Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*, São Paulo: J. de Oliveira, 2002; PAIVA, M. Antônio Lobato de. Autodeterminação informativa. In: *Direito Administrativo: temas atuais*, Leme, SP: LED, 2003, p. 675-705; FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000; CACHAPUZ, M. C. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006; GONÇALVES, L. de Carvalho Ribeiro. Abordagem constitucional do banco de dados, *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v.2, n.7, p.56-68, fev./mar. 2006; RAMOS, A. de Carvalho. O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil, *Revista de direito do consumidor*, n.53, p.39-53, jan./mar. 2005; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001; RODRIGUES, N. Cunha. Direitos do consumidor e os arquivos de consumo, *Boletim dos Procuradores da República*, v.5, n.64, p.21-31, ago. 2003; DONEDA D. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; DUARTE DE QUEIROZ, D. Privacidade na Internet. In: REINALDO FILHO, Demócrito (coord.). *Direito da Informática, Temas polêmicos*. Bauru, SP: Edipro, 2002, p. 81-96; COUTO, A. C. Felipe do. Os cadastros restritivos de crédito, *Informativo jurídico Consulex*, v.17, n.42, p.11, 20 out. 2003; CARVALHO, A. P. Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos, *Revista de direito do consumidor*, n.46, p.77-119, abr./jun. 2003; LIMBERGER, T. A informática e a proteção à intimidade, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.8, n.33, p.110-124. out./dez 2000; CASTRO, L. F. Martins. Proteção de dados pessoais: panorama internacional e brasileiro, *Revista CEJ*, v.6, n.19, p.40-45, out./dez. 2002; BRASIL LIMA, Marco Aurélio. A responsabilidade civil do site que publica conteúdo de terceiros. In: RIBEIRO DO VALLE, Regina (organizadora). *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 283-290; DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2003; EJNISMANN, Marcela. W. Privacidade possível na era digital, In: RIBEIRO DO VALLE, Regina (organizadora). *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 91-101; GUERRA, Sidney Cesar Silva. *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004;

inviolabilidade do domicílio (XI)⁷; o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (XII); o *habeas data* (LXXII), a exceção do princípio da publicidade (LX), esta última também descrita no IX, do artigo 93⁸.

Na República Portuguesa, o artigo 26.1 da Constituição estabelece que “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à *reserva da intimidade da vida privada* e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”. Um exame filológico demonstra que a redação do texto faz uma literal distinção entre reserva, intimidade e vida privada. Não obstante a doutrina considera que o teor gramatical dessa disposição não deve ser sobrevalorizado⁹ e que tal diferença não é relevante, por não ser fácil delimitar a linha divisória entre o campo da vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o domínio, mais ou menos, aberto à publicidade¹⁰. Argumenta-se que a utilização do conceito de “intimidade” não pretende diminuir a protecção conferida, mas só depurar deste preceito a protecção da vida privada¹¹. O Tribunal Constitucional lusitano, por sua parte, tampouco se posicionou sobre a terminologia¹².

OPICE BLUM, Renato M. S.; CARDOSO, Taysa Elias. Políticas de segurança, privacidade e os tribunais. In: RIBEIRO DO VALLE, Regina (organizadora). *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 153-157; PORTO MACEDO JUNIOR, Ronaldo. Privacidade, Mercado e informação, *Revista de Direito do Consumidor*, n.31, p.13-24, jul./set. 1999; REINALDO FILHO, Demócrito. A privacidade na sociedade da Informação. In: REINALDO FILHO, Demócrito (coord.). *Direito da Informática, Temas polêmicos*. Bauru, SP: Edipro, 2002, p. 25-40; REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. A central de risco de crédito do Banco Central: considerações sobre sua natureza e os riscos à protecção dos dados pessoais dos clientes bancários, *Consulex Revista Jurídica*, v.9, n.192, p.52-58, jan. 2005; SILVA, Fernando SILVA, Fernando Cinci A.; RIBEIRO DO VALLE, Regina. Direito Institucional: autorregulação da internet. In: RIBEIRO DO VALLE, Regina (organizadora). *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 245-254; LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada, *Revista Trimestral de Direito Civil RTDC*, v. 07, n° 27, p. 211-219, jul./set., 2006.

⁷ O *Supremo Tribunal Federal*, não sem razão, dilatou o âmbito de protecção do termo “casa” em dois interessantes julgados: *SS 1203/DF*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 08/09/1997 Publicação DJ 15-09-97, P-44222; e *RE 251445/GO*, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 21/06/2000, Publicação DJ: 03/08/2000, PP-68.

⁸ Destaque-se o art. 10 da Lei 9.296/96; o art. 21, do Código Civil, artigos 150, 151, 152, 153, 154, 313-A, 313-B, 325 no Código Penal; art. 7º da Lei 11.111/2005.

⁹ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. A protecção da vida privada e a Constituição, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI, p. 153-203, 2000.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª ed., vol.I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 468; PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de Imprensa e vida privada, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, p. 27-147, abril de 1994. A favor de uma possível distinção CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada, *Separata de "Estudos em Homenagem ao Prof. Paulo Cunha"*, Lisboa, 1988, p. 30-31 e CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.316 e s.

¹¹ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a vídeo-vigilância (Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães de 31.3.2004, Proc.415/04), *Cadernos de Direito Privado*, vol. 11, p.47-62, Jul/Set, 2005.

¹² Acórdãos 128/92 e 337/97.

Com efeito, é indiscutível que sobre as noções de intimidade e vida privada gravita uma aura subjetiva que as confere equivocidade, imprecisão e dubiedade, dificultando a exatidão de seus significados. A indeterminação é uma característica ontológica da própria construção da esfera privada, pelo que resulta dificultoso tecer um conceito inflexível de intimidade ou de vida privada, as quais se norteiam pelos valores sociais, temporais, culturais e individuais. Não obstante, a doutrina, tanto a brasileira como a portuguesa, elegeu o uso da expressão *direito à privacidade*¹³, em sentido amplo, de modo a abarcar essas manifestações da intimidade e da vida privada¹⁴. *Privacidade* seria, pois, o conjunto de informações acerca do indivíduo, que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições¹⁵. Nada obstante, neste trabalho se fará uso das três expressões, quando pertinentes, pois a *intimidade* é mais um conceito mais restritivo e possivelmente mais intenso que o estadunidense *privacy*, e que o anglicismo *privacidade*, apesar da adoção massiva pelos doutrinadores, deve se entender como referente à *vida privada*.

¹³ O conceito de *privacy* foi concebido em um ambiente cultural e jurídico muito diferente do brasileiro, no qual a própria necessidade de um conceitual atende necessidades distintas. Na jurisprudência norte-americana o *right to privacy* ocuparia o lugar de um verdadeiro *direito geral de personalidade*. No ordenamento norte-americano, o *right to privacy*, como se verá, assume um caráter bastante abrangente, que deve ser devidamente filtrado para ser transposto para a nossa cultura jurídica. JABUR (Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 255-6): “É comum referir-se à vida privada evocando os substantivos *intimidade* e *privacidade*. Os dicionaristas mais modernos tratam-nos como sinônimos. Privacidade é anglicismo, veio de *privacy*. Antes da importação do vocábulo, ao adjetivo privado ou privativo correspondia o substantivo privatividade. No campo prático, invocar um ou outro termo não implica qualquer minoração protetiva” (...) “Em visão mais técnica, o direito à vida privada posiciona-se como gênero ao qual pertencem o direito à intimidade e o direito ao segredo. A vida privada é a esfera que concentra, em escala decrescente, outros direitos relativos à restrição de vida pessoal de cada um, imposta na medida em que a intimidade se for restringindo”.

¹⁴ Vid: REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão*. Lisboa: Lex, 1998; MAC CRORIE, B. F. S. *op.cit.*, p.47-62; ABREU, Luis Vasconcelos. Limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mediante o acordo do seu titular: o caso do *big brother*, *Revista do Ministério Público*, nº 101, Ano 26, p.113-118, Jan-Mar 2005, ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação Anotada da Comunicação Social*. Lisboa: Casa das Letras, 2005; CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*, 2ª ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005; CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação social*, vol. 1.Coimbra: Almedina, 2000; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., vol.I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007; MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002; CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “Reality shows” e *Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; CABRAL, Rita Amaral. *op.cit.*, *passim*; CAPELO DE SOUZA, R. V. A. *op.cit.*, *passim*, PINTO, P. C. C. Mota. “A protecção da vida privada e a Constituição....*cit.*”, p. 153-203; PINTO, R. L. *op.cit.*, p. 27-147; PINTO, Paulo Mota. O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIX, p. 479 e ss. 1993; PINTO, Paulo Mota. A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional (relatório elaborado com a colaboração da Assessora do Tribunal Constitucional, Drª Raquel Reis), *Conferência Trilateral Espanha, Itália, Portugal*, 01-04 de outubro de 2006.

¹⁵ DUARTE DE QUEIROZ, D. Privacidade na Internet. In: REINALDO FILHO, Demócrito (coord.). *Direito da Informática, Temas polêmicos*. Bauru, SP: Edipro, 2002, p. 81-96.

É indisputável reconhecer que não é fácil delimitar e conceituar tais termos: vida privada (privacidade) e intimidade. Uma dificuldade conceitual que, em todo caso, não pode propiciar um desmerecimento de tais bens da personalidade que devem ser eficaz e efetivamente tutelados. O dinamismo que o ser humano tem como característica ínsita a sua personalidade faz que não se possam estabelecer linhas ou graus da intimidade do indivíduo, dificultando, é verdade, o estabelecimento de um conceito assentado. As pessoas, dada sua individualidade, podem ser mais ou menos comunicativas, introvertidas ou extrovertidas, estabelecendo todas elas um rito para preservar sua intimidade. Por isso, ganhou protagonismo a *concepção subjetiva/dinâmica de intimidade*, que entende que a proteção jurídica dada a tal bem da personalidade não garante uma intimidade determinada, estática, fixa: garante-se o direito a possuí-la¹⁶.

Neste sentido, faculta-se o direito sobre a publicidade da informação relativa ao círculo reservado da pessoa e sua família, com independência daquilo que se deseja manter ao abrigo do conhecimento público¹⁷. Atualmente, sem embargo, na vigência desta *concepção dinâmica* de intimidade, o conteúdo parece, inicialmente, determinado pela própria pessoa (*imanência*) e, em segunda instância, pelas circunstâncias concorrentes em cada caso: o valor cultural, histórico, econômico, político e social (*transcendência*)¹⁸. A volatilidade do bem jurídico, isto é, a mutabilidade do seu conteúdo e a influência do contexto sociocultural, fez que perdesse força, por certo, a eficácia do *critério espacial* para definir o que é intimidade, pois quando o indivíduo abandona seu domicílio, o direito à intimidade “o segue”, seja qual for o âmbito em que se desenvolva¹⁹. Além disso, com a *internet* e, conseqüentemente, com as variadas formas de acessibilidade móvel à *rede*, o titular pode resguardar ou ser afetado na sua vida privada ou intimidade ao se conectar, argumento que reforça a superação do critério *ratione loci* para se definir os conceitos de tais bens jurídicos.

¹⁶ Na STC 134/1999 de 15 de julho, o Tribunal Constitucional da Espanha aduziu que “El art. 18.1 C.E. no garantiza una *intimidad* determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de *control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público*. Lo que el art. 18.1 garantiza es un *derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando a terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio*”.

¹⁷ ESPANHA, Tribunal Constitucional. STC 115/2000, de 05 de maio, FJ8.

¹⁸ GARCÍA GARCÍA, Clemente; GARCÍA GOMEZ, Andres. *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*. Murcia: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia e Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, 1994, p.25.

¹⁹ *Vid.* European Court of Human Rights, Strasbourg Case of Von Hannover V. Germany, 24 June 2004, Third Section, *Application no. 59320/00*.

Em outras palavras, a intimidade, em definitiva, não se refere a um sujeito localizado em um espaço físico determinado, pois ela acompanha a pessoa independentemente do lugar onde se encontre²⁰. Todos estes fatores fazem com que o labor de intentar conceituar a intimidade se converta em uma tarefa quase insustentável. Contudo, é conveniente destacar algumas características deste bem da personalidade.

Urge apontar que há registro de discussão doutrinária sobre o surgimento da intimidade. Como bem explica RUIZ MIGUEL²¹, a intimidade pode ser estudada desde uma tripla perspectiva²²: a) a intimidade como *fenômeno* distingue as dimensões da vitalidade, da alma e do espírito. Por este motivo, é difícil a constatação de tal possibilidade, pelas diferenças teológicas de cada comunidade; b) a *ideia* de intimidade como um sentimento instintivo. Entretanto, as pessoas podem estar realizando atos que traduzem um exercício da intimidade sem que, todavia, hajam tomado consciência de tal feito. A intimidade é um instinto e a forma de consciência sobre a intimidade não se encontra presente em todas as sociedades. Mesmo nestas onde há dita idéia, o grau de teorização pode variar; c) é mais fácil, contudo, ser reconhecida a intimidade como *direito* (fator político-jurídico): onde tenha sido normatizada. Sem embargo, ainda que difícil, há a possibilidade de que se encontrem normas protetoras da intimidade onde não se haja produzido um real debate, como, por exemplo, sobre a inviolabilidade do domicílio.

De fato, a reserva do indivíduo e de seus próprios assuntos, sem que os fizera públicos, não foi tão apreciada na Antiguidade Clássica. A vida da pessoa, como sabido, era

²⁰ MAC CRORIE, B. F. S. *op. cit.*, p. 58.

²¹ RUIZ MIGUEL, C. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos: Madrid, 1995, p. 26.

²² *Id.*, p.31 e seg.: O Autor identifica várias teorias que pleiteiam a gênese da intimidade. A) Teoria Racionalista em que PÉREZ LUÑO (intimidade-direito) a visualiza no período do racionalismo e do Iluminismo em conexão com a ascensão da burguesia e, por outro lado TRUYOL y VILLANUEVA (intimidade-ideia) vinculam a aparição da noção de intimidade ao cristianismo (autoconsciência da subjetividade), e, em particular, a Santo Agostinho; B) Teorias Históricas: duas linhas básicas: b.1) A primeira versa em torno da propriedade. Faz a conexão intimidade-propriedade burguesa. WESTÍN, com base em dados zoológicos, suscita inclusive a existência de intimidade no reino animal, justificando o instinto de territorialidade de incontestante parentesco com a noção de propriedade. Na medida em que o instinto de territorialidade aparece também no ser humano, representado geralmente na propriedade, este autor afirmar que a propriedade não nasce com a burguesia, mas com o ser humano; b.2) A segunda linha argumental estuda as três perspectivas da intimidade: fenômeno, idéia e direito O fenômeno da intimidade aparece em todas as sociedades humanas, pois tem uma vertente natural e outra histórica. Sobre a idéia de intimidade FARÍÑAS MATONI indica rumores da idéia de intimidade na civilização hindú, no jainismo, no budismo e nos livros canônicos chineses. Sêneca, filósofo cordobês, retratou a contraposição entre o indivíduo imerso nos negócios ou ocupações exteriores (*ad alia, ad alios*) e o indivíduo que vive sua vida retirado e envolvido no saber (*ad animum, ad se*). Seria o precursor do método introspectivo e quando quis aludir ao seu interior se referia a *intus* (dentro), adjetivo que se deriva do superlativo *intimus* Não se pode, então, dizer que em Roma se desconhecia a idéia de intimidade. TERUEL CARRALERO identifica a proteção estatal da correspondência no Direito Romano, pois sua violação resultava em duas ações: a *actio iniuriarum* ea *actio furti*. A lei das XII Tábuas dispunha que a citação era um ato violento e que, por tanto, não se podia entrar na casa do cidadão para fazê-la.

preferentemente social e se desenvolvia nos espaços públicos. Os gregos viam a essência do indivíduo no ser político, pois na democracia ateniense era fundamental a participação de todos os cidadãos para a eliminação da fronteira entre a vida pública e a vida privada. Ao cidadão ateniense lhe repugnava a descrição de sua intimidade pessoal²³. Na concepção clássica dos gregos, uma vida centrada na individualidade (*one's own*), distante do mundo das pessoas comuns, era considerada idiota²⁴. A separação do público e do privado descansava na distinção entre o que era comum aos cidadãos livres (esfera da *polis*) e o que era particular a cada indivíduo (esfera do *oikos*). A dicotomia entre o público e o privado era explicada pela própria distinção política e a distribuição de atividades da pessoa dentro do espaço de convivência. Todas as atividades privadas estavam submetidas a uma feroz vigilância e nada se deixava à independência individual. A autoridade intervinha inclusive nas relações domésticas. Assim, o indivíduo, soberano quase sempre nos assuntos públicos, era um escravo em todas as questões privadas. A expressão “vida privada” indicava literalmente privação de algo, o que conduzia a classificar como não usual este modo de comportamento. Observa CAMPOS LEITE que:

“(…) a casa era uma parte da rua, com a qual não tinha fronteiras. A sociabilização dos mais novos era feita na rua, em contato estreito com as casas dos outros; o parlatório era na rua-sala-de-visitais (<<as mulheres no soalheiro>>); era na rua que os homens conversavam. A vida pessoal, familiar, estava completamente exposta, controlada por todos através de uma rede social difusa que observava os comportamentos e punia os desvios ao modelo dominante²⁵”.

A distinção entre vida pública e vida privada se torna mais notória quando emerge a nação-Estado e quando se criam as teorias dos séculos XVII e XVIII, que engendraram uma ideia de “esfera pública”, delimitando, por consequência, uma “esfera privada” livre da ingerência estatal. Sem embargo, na Idade Média, pela própria característica do modo de vida deste período medieval, o isolamento se tornou um privilégio das mais altas classes da

²³ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A, 1996, p. 19.

²⁴ SAHM, Regina. *Direito à imagem no Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 148.

²⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade, *Separata do vol LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.67, p.129-223, 1991.

nobreza ou de aqueles que por livre eleição ou necessidade renunciavam à convivência²⁶. Esta possibilidade de isolamento paulatinamente se fez mais crescente a medida que as condições sociais e econômicas conduziram ao desenvolvimento dos núcleos urbanos. A intimidade surge, pois, com a desagregação da sociedade feudal²⁷.

Nesta linha, a reserva vai se configurando como uma aspiração da burguesia de aceder ao que antes havia sido um privilégio de poucos, daí que os caracteres, que desde seus inícios vão conformando a ideia moderna de intimidade, encontrem-se estreitamente vinculados às necessidades e à ideologia da classe social que a reclamou²⁸. A origem histórica da ideia de intimidade, assim entendida, surge no mesmo momento em que se constrói o Estado Liberal e aparece uma burguesia estruturada e que se consagra o individualismo²⁹. De fato, a materialização da necessidade de salvaguardar um âmbito de independência do indivíduo se produz em um momento posterior e é consequência da orientação individualista do Estado Liberal, pois se começa a considerá-la como um pressuposto para a liberdade individual.

Efetivamente, o triunfo da classe burguesa permitiu, durante a segunda metade do século XIX, partindo do postulado do direito à propriedade, a consagração de um espaço privado necessário ao ser humano: a sua personalidade³⁰. A ideia burguesa de intimidade está pensada para seu exercício por grupos seletos, sem que exista uma preocupação por fazê-la chegar aos estratos mais humildes da população. Exclui-se, de certo modo, a classe operária do âmbito de proteção deste direito. A redução da proteção jurídica a um espaço reservado ao indivíduo nos ordenamentos eminentemente patrimonialistas fez, pois, de tal bem da

²⁶ Argumenta REBELO (*op. cit.*, p. 72 e ss.) que: “Poder-se-ia vincular a aparição do direito à intimidade a Sto. Agostinho (sec. IV-V) que menciona, pela primeira vez, a intimidade no seu livro das Confissões, onde desenvolve a doutrina da interioridade. Supõe a liberação do indivíduo enquanto tal, e afirma-se no direito à solidão. A intimidade seria um prolongamento da propriedade, ou a propriedade seria uma condição para aceder à intimidade. No século XIII, São Tomás de Aquino afirma que a intimidade é o núcleo mais oculto das pessoas, e só quando esta intimidade é manifestada publicamente pela pessoa, pode ser julgada e valorada pelas restantes pessoas; mas se é manifestada em privado ou em segredo a outra pessoa concreta, há que continuar a respeitá-la”. Não obstante, infere-se que se trata, pois, de uma manifestação da ideia de intimidade, como também a teve Martim LUTERO quando protestou para ter sua própria interpretação de sua religiosidade.

²⁷ Rita Amaral CABRAL (*op. cit.*, *passim*) informa que a maioria dos autores cita como o mais remoto precedente do direito à intimidade uma decisão francesa de 1384, o caso *I de S. et uxor vs. De S.* O réu quis comprar vinho de madrugada e bateu na porta de uma taberna de propriedade dos autores. Como não o atenderam, o demandado golpeou a porta com um machado na janela da casa dos donos da taberna. A decisão condenou o réu a pagar uma indenização pelos males causados, não obstante não haja sido comprovado no processo que houvesse danos materiais graves.

²⁸ Invocou-se a tutela da intimidade como reflexo do direito de propriedade, representado pela inviolabilidade de domicílio, que seria um domínio privado do indivíduo. Neste sentido é que se formulou no *common law* o brocardo *man’s house is his castle* (Lord COKE, em 1604), consagrado na Inglaterra no início do século XVII.

²⁹ *Vid.*: PÉREZ LUÑO, A-E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos: Madrid: 2005, p. 321 e ss.

³⁰ ALCARAZ, Hubert. El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información: Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut-être jamais, peut être demain!, *ARAUCARIA - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Nº 18, Año 9, p.06-28, Segundo Semestre de 2007.

personalidade uma prerrogativa reservada às classes sociais elevadas. As demandas ingressadas contra a ofensa a este direito usualmente tinham como protagonistas pessoas com determinada projeção social ou patrimonial, corroborando o elitismo de seu exercício jurídico. Prova disso são as decisões dos tribunais da época *Prince Albert vs. Strange* (1849) e o caso *Rachel* (1858)³¹. A delimitação do espaço pessoal, portanto, configura-se como uma aspiração da classe burguesa, até que se inicia a Revolução Industrial. Esta concepção individualista do espaço reservado ao indivíduo alcançaria sua glorificação na Inglaterra do século XIX³², sendo a residência o ponto de refúgio. Talvez, seja, portanto, a partir desta época que se inicia a separação *jurídica* entre privado e público.

Efetivamente, até o século XIX não se tem notícia de uma preocupação jurídica específica e teorizada da intimidade. O tratamento jurídico ao instituto se dava pela proteção à propriedade e ao direito contratual. Com a Revolução Industrial, com modificação da sociedade e a substituição gradativa de seus valores eminentemente agrários e de seus costumes mais simples por relações mais complexas, a partir do crescimento das cidades, do surgimento do consumo de massa e do desenvolvimento tecnológico, o debate sobre o direito à intimidade foi se emergindo. As condições materiais de vida em que se produz a Revolução Industrial excluía, como já dito, os obreiros do envoltório da intimidade. Exige-se, pois, um sistema de proteção mais congruente com as ameaças e lesões destes câmbios sociais, ampliando a aplicação do conceito de intimidade.

Uma das primeiras manifestações doutrinárias a respeito teve lugar na conferência pronunciada no Ateneu de Paris, em fevereiro de 1819, por BENJAMIN CONSTANT³³. CONSTANT afirmaria que a liberdade dos antigos consistia em exercer, de forma coletiva mas direta, distintos aspectos do conjunto da soberania, em deliberar na praça pública, mas ao mesmo tempo em que os antigos chamavam liberdade a tudo isto, admitiam como compatível com esta liberdade coletiva a completa submissão do indivíduo à autoridade do conjunto. Pelo contrário, entre os modernos, o indivíduo é independente em sua vida privada, mas não é soberano (só em aparência) nos Estados mais livres. A liberdade, portanto, deve consistir no desfrute da independência privada, sem chegar a sacrificá-la aos direitos políticos, como

³¹ RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, p. 33.

³² Ressalta CAMPOS (Diogo Leite de. *Nós: estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 100) que o ser humano viveu até o fim do século XVIII, e também grande parte do século XIX, uma vida essencialmente pública. Cada ser e sua família se representavam integrados numa ordem universal, no cosmos, ordenado por Deus. Todos deviam se pensar, cada qual em sua função e lugar, como partícipes de uma ordem universal.

³³ CONSTANT, Benjamin. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos, *Escritos Políticos* (trad., estudio preliminar y notas de María Luisa Sánchez Mejías). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 257 e ss.

ocorria na Antiguidade. A construção da esfera reservada, a ideia de liberdade como autonomia individual, antes que como participação e busca do equilíbrio entre o público e o privado, constitui o fito principal da concepção de direitos de CONSTANT.

Nada obstante, o artigo *The Right to privacy* de WARREN e BRANDEIS publicado na *Harvar Law Review*, em 1890, foi considerado o marco inaugural da formulação do direito à *privacidade*. Preocupados com as constantes intrusões da vida pessoal e familiar por jornalistas, e fundados no direito de estar só (*right to be let alone* do juiz COOLEY), delinearão o direito à privacidade baseado não em teses físicas/materiais, mas em *morais* como a *inviolabilidade da personalidade*. O objetivo destes autores foi investigar a existência de algum princípio que pudesse ser invocado para amparar a *privacy*. Partindo da premissa de que a proteção da pessoa e da propriedade era um princípio antigo, consideraram que o *common law* assegurava a cada indivíduo o direito a determinar até que ponto seus pensamentos, sentimentos e emoções deveriam ser comunicados a outras pessoas. Concluíram que o *right to privacy* provinha do princípio-garante da *inviolabilidade da personalidade*; contudo, sustentavam que a publicação de fatos de interesse público não poderia ser impedida. Deste modo foi edificada a doutrina estadunidense do *right of an individual to live a life of reclusion and anonymity*, em íntima conexão com a tutela jurídica do *right to privacy*³⁴.

Posteriormente, a doutrina alemã cunhou a teoria das três esferas (*Sphärentheorie*), uma tese que marcou a jurisprudência constitucional da República Federal de Alemanha. De acordo com esta teoria, inicialmente esboçada por HEINRICH HUBMANN (1957), caberia diferenciar três esferas dotadas de diversos níveis de proteção, de tal modo que quanto mais se aproxime o dado revelado ao núcleo do íntimo, maior relevância deverá se exigir à informação para que se considere que sua difusão é constitucionalmente legítima. Distinguem-se assim:

(i). *Intimisphäre* (esfera íntima): que corresponde ao âmbito mais recôndito e secreto da pessoa. Incidem aquelas informações que se relacionam com o âmbito vital e interno das pessoas, especialmente sua vida sexual e sua vida sentimental, entende-se que afetam esta esfera os dados referidos ao ser físico e ao “não ser” do indivíduo: enfermidade, nascimento, vida sexual, morte;

(ii). *Privatsphäre* (esfera privada): refere-se à vida pessoal e familiar, abarca questões que afetam a vida doméstica e ao círculo dos familiares, amigos e estreitos conhecidos. É uma salvaguarda em face da imprensa para os assuntos relativos à vida privada como a situação

³⁴ WARREN, S.; Brandeis, L. *El derecho a la intimidad*, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. Madrid: Civitas, 1995, *passim*.

familiar e suas mudanças, os problemas de saúde, a crença religiosa, dados financeiros, a situação patrimonial ou o lugar de residência;

(iii). *Individualsphäre* (esfera individual): cobre tudo o que não está relacionado às esferas anteriores em um raciocínio negativo e excludente, alude fundamentalmente às relações da pessoa com seu entorno social. Permite-se uma divulgação de informações, sempre e quando não se trate de dados falsos ou lesivos à pessoa.

Esta teoria resultou indubitavelmente útil desde o momento que permitiu aos tribunais realizar uma ponderação orientada por parâmetros e critérios objetivos, permitindo assim a previsibilidade das resoluções judiciais. Todavia, a fragilidade da teoria das esferas reside no fato de que não se pode traçar uma linha nítida entre as elas³⁵. Além disso, a rigidez conceitual desta tese não permite responder a uma variada série de casos que a tutela da intimidade pode suscitar, como por exemplo o do *REsp 844.736* em epígrafe, pois somente se conceituam *a posteriori* os resultados a que se pode chegar por outras vias argumentativas³⁶.

Na evolução deste tema, ainda, é inolvidável a construção doutrinal de William LLOYD PROSSER³⁷ (1960) que sugere que a proteção do *right to privacy* se dá por meio de categorias de vulnerações, rompendo, de certo modo, a unidade que a este direito lhe deram WARREN e BRANDEIS. Estas categorias seriam:

(i) *intrusion (intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs)*, protege a privacidade frente à ofensa ao âmbito de retiro pessoal, com a solidão ou com assuntos privados independentemente dos meios utilizados. Tem por escopo evitar intromissões tais como escutas ilegais, obrigar a alguém a fazer exames laboratoriais de sangue, expor os dados bancários;

(ii) *public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff*: tutela a divulgação pública de fatos privados, de maneira altamente ofensiva e que não seja do legítimo interesse do público;

(iii) *publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye*: divulgação pública de falsos ou inexatos fatos imputados a uma pessoa que tergiversam sua personalidade;

³⁵ MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 14-18.

³⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 290.

³⁷ PROSSER, W. L. "Privacy", in *California Law Review*, nº 3, 1960, August, Vol. 48, pp.383-423 y PROSSER; KEETON. *The law of Torts*, ed. West Publish Co., St. Paul, Minn., 1984, p. 850 y ss., *apud* FAYOS GARDÓ, Antonio. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 41.

(iv) *appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness*: apropriação dos atributos da personalidade sem o consentimento do interessado, com a intenção de obter alguma vantagem³⁸.

Quatro anos mais tarde, BLOUSTEIN contestaria a tese de PROSSER, aduzindo que seu estudo era excessivamente patrimonialista³⁹. Efetivamente, a *privacy* tem de ser vista como um aspecto da dignidade da pessoa humana, que supõe um desenvolvimento da inviolabilidade da personalidade e não da propriedade. Não de ser interpretados os casos incluídos na violação da *privacy* como integrantes de um todo, pois tentam afetar um bem que os conecta: a *privacidade*. Se interpretada de modo inflexível a teoria de PROSSER, que vislumbra estabelecer alguns critérios de identificação das possíveis ofensas à *privacy*, pode-se chegar a equivocada conclusão de negligenciar sobre o vívido dinamismo que orbita sobre o conceito deste direito nos Estados Unidos.

Não obstante, PÉREZ LUÑO confirma que a jurisprudência e a teoria norte-americanas conduziram o significado de *privacy* a quatro grandes áreas: i) *Freedom from unreasonable search*, liberdade ou segurança em face de qualquer tipo de intromissões indevidas na esfera privada; ii) *Privacy of association and belief*, garantia do respeito das opções pessoais quando se está ante crenças e associações; iii) *Privacy and autonomy*, tutela da liberdade de eleição sem interferências, iv) *Information control*, possibilidade dos indivíduos e grupos acederem e controlarem as informações que lhes dizem respeito⁴⁰. Identifica-se uma progressiva tendência a conceber a *privacy* como o poder de exercer um controle de informações que possam afetar a cada pessoa, individual ou coletiva.

Exposto este sucinto esboço evolutivo, é patente que toda pessoa tem uma vida pública, é interdependente com as outras pessoas, pois é um *zoon politikon*. Em sentido genérico, vida privada se contrapõe à vida pública, considerada esta última como as relações existentes entre uma pessoa com as demais. A vida privada é aquela parte da personalidade que se pretende preservar da vida pública, excluindo-a, pois, do conhecimento público, fatos que denotem preferências, valores e dados que a pessoa julgue serem reservados e que, de certa forma, indicam como o indivíduo se relaciona com a sociedade. “Vida privada” sugere a

³⁸ FAYOS GARDÓ (*Íd.*, p. 98) relata que em teoria subsistem a *appropriation* como direito à intimidade, e o *right to publicity* como um direito de propriedade. Contudo, na prática, o que se está produzindo é a transformação do conceito do direito à própria imagem desde uma perspectiva de direito da personalidade a um direito exclusivamente de natureza patrimonial. Isso porque, historicamente, os tribunais norte-americanos eram cautelosos em admitir demandas de proteção do direito à intimidade relativas a personagens famosos, já que se supunha que estas, ao se promoverem a um *status* público, haviam renunciado ao seu direito à intimidade.

³⁹ BLOUSTEIN. “Privacy as an aspect on human dignity. An answer to Dean Prosser”, in *New York Law Review*, 39, p. 962-1007, 1964, *apud* HERRERO-TEJEDOR. *op. cit.*, p. 86.

⁴⁰ PÉREZ LUÑO, A-E. *op. cit.*, p. 335.

proclamação da distinção entre as coisas da vida pública e as da vida privada, no estabelecimento de limites, numa lógica que também é de exclusão⁴¹. Com a proteção da vida privada se pretende, decisivamente, assegurar uma parcela da personalidade que se reserva da indiscrição alheia, com a finalidade de satisfazer as exigências do *isolamento moral do indivíduo* e, por conseguinte, preservar sua *inviolabilidade pessoal*. A vida privada é o que denomina a parte da personalidade que se pretende proteger do público, representa situações de opção pessoal em que os fatos reservados podem ou não serem compartilhados com outras pessoas, ter ou não repercussão social.

Por outro lado, a *intimidade* se revela com ou uma parte mais exclusiva da vida privada. É normalmente concebida como um núcleo mais reduzido e exclusivo, que resguarda a individualidade das intromissões na própria vida privada, reconhecendo-se que não só o poder público ou a sociedade podem interferir na vida individual, mas também a própria família pode se intrometer em um tema que o titular deseja manter impermeável, *íntimo*. Efetivamente, a justificação lógica da intimidade se apresenta como uma projeção dos princípios da liberdade e da dignidade. Para se ter a vida livre e digna, é necessário dispor de um âmbito de individualidade, de um espaço isento de interferências em que se possa desenvolver as convicções, valores como a dignidade, a individualidade, a autonomia, a confiança e mesmo o bem estar físico e psicológico, resguardando seus pensamentos, sentimentos e fatos dentro de uma *zona pessoal* de acesso *restrito*⁴². Na vida social, a pessoa constrói sua personalidade, manifestada por sua individualidade. É certo que os valores sociais delimitam os hábitos individuais, em algumas pessoas menos e em outras pessoas mais. O temor às reações negativas da comunidade sugere o receio de exposição à censura e à crítica. Por isso, os valores influenciam, sobremaneira, os sentimentos individuais de reclusão e reserva. Neste contexto, consiste a intimidade, portanto, no retiro voluntário e temporal de uma pessoa da vida social, com objetivo de fazer valer um direito próprio à solidão, também em sentido formal, que atua como contrapeso à exigência de socialização presente em todo ser humano, já que ambas – solidão e socialização– contribuem a formar a personalidade humana⁴³.

⁴¹ A princípio, quando se pensa em uma esfera privada implica normalmente se adota um discurso excludente. A própria gênese da *civitas* pode ser creditada a esta exclusão como o mito dos irmãos fundadores de Roma: Rômulo traça limites que Remo não respeita, motivo pelo qual este acaba sendo punido com a morte. O sentido desta delimitação é justamente separar algo que deveria estar dentro do que não deveria estar.

⁴² MACHADO, J. E. M. *op. cit.*, p. 793.

⁴³ FROSINI, Vittorio. *Il diritto nella società tecnologica*. Milano Giuffrè, 1981, p. 279-280.

De fato, é tributo que as decisões que dizem respeito à própria vida ficam afetadas, se expostas à análise alheia. A intimidade, então, resulta indispensável para ponderar a tensão que a presença dos outros inevitavelmente produz⁴⁴. Necessita-se, por conseguinte, ter uma liberdade pessoal para o exercício da intimidade, conveniente e imprescindível para qualquer decisão pessoal (política, econômica, afetiva, social, etc). A maior dificuldade é delimitar e conceituar este espaço de refúgio individual, dada a mutabilidade de seu conteúdo e a influência do contexto sócio-cultural, que se diferenciam segundo os parâmetros da época, do lugar e do *modus vivendi* de cada indivíduo, e até do resultado da relação com outros direitos. Não obstante este conteúdo e conceito variáveis, o desejo e a necessidade de intimidade são universais.

Nesta linha de raciocínio, ilustram-se como assuntos que se referem à intimidade, tendo em vista as ínsitas peculiaridades: a intimidade corporal (o sentimento de recato corporal, pudor), as relações sexuais, a vida sentimental, estado de saúde, informação relativa vícios e outros assuntos pautam as reprovações discriminatórias. Dita tutela, invariavelmente ligada à dignidade da pessoa humana, tem por objeto garantir ao indivíduo um núcleo reservado frente à ação e ao conhecimento de terceiros. O direito à intimidade confere ao seu titular o poder de resguardar o indivíduo de uma publicidade não querida. Não se garante uma intimidade determinada, como já dito, mas sim o direito a exercê-la, estabelecendo um poder de controle sobre a publicidade da informação relativa à sua pessoa. O que se visa proteger é um direito a ser desconhecido, que os demais não saibam quem o indivíduo é ou o que faz, vedando a terceiros, particulares ou poder público, que decidam quais os lindes da individualidade, facultando a cada pessoa um espaço imune à curiosidade alheia. Ao teor do exposto, é forçoso concluir que a proteção estatal *prima facie* do direito à intimidade abarcaria, então todos aqueles dados que o titular do direito queira, *ad libitum*, excluir da publicidade. Deve ser o próprio sujeito quem define o âmbito materialmente protegido pelo seu direito à intimidade.

Neste tom, o direito à intimidade seria um direito que estaria contido no “direito à vida privada”⁴⁵. É certo, frise-se, que uma definição unívoca da voz *intimidade* resulta praticamente impossível, pois não obstante as distintas denominações adaptadas aos países (a *privacy* anglosaxã, a *vie privée* francesa, a *riservatezza* italiana, a *intimpshäre* alemã), a intimidade ,

⁴⁴ ESPINAR VICENTE, José María. La primacía del Derecho a la información sobre la intimidad y el honor. In: RODRÍGUEZ-ARANGO, San Miguel (Editor). *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 46-67.

⁴⁵ ALCARAZ, H. *op. cit.*, p.09.

como descrito, evolui historicamente⁴⁶. Contudo, urge ponderar que vida privada e intimidade não são expressões sinônimas, porque *o íntimo é mais interno que o privado*. A vida privada engloba todas aquelas manifestações que estão segregadas da projeção pública do indivíduo, do papel que cada qual está chamado a representar na sociedade e em virtude do qual se impõem certos contatos ou relações com terceiros. Quando se trata, por outro lado, da intimidade se alude ao marco em que se desenvolve livremente a personalidade, sem ser ingerido por terceiros. A intimidade reclama, portanto, um maior grau de reserva e chega ao seu extremo quando se trata de um segredo⁴⁷.

O direito à intimidade se converte, pois, como já dito, em uma pretensão de *isolamento moral*, na possibilidade de subtrair aspectos da individualidade do conhecimento abusivo dos estranhos e se configura, em última instância, como um direito à autodeterminação no que concerne à sua pessoa⁴⁸. Seria, portanto, o direito à intimidade uma resposta jurídica a este interesse de que cada pessoa delimite um âmbito no qual possa livremente desenvolver sua personalidade, sem intrusão, curiosidade, indiscrição. Traduz-se, pois, numa exigência existencial de viver a margem de um indevido controle, vigilância ou espionagem⁴⁹.

Destas premissas se produz, inevitavelmente, a coincidência da intimidade com a *solidão* e o *isolamento*⁵⁰. Tem por objeto amparar a pessoa dos riscos que provém da pressão social niveladora e da força do poder estatal. A partir deste núcleo substancial, alguns aspectos da intimidade são protegidos pela via da defesa (*status negativo*), tais como a inviolabilidade de domicílio, a proteção das comunicações escritas, orais e telemáticas, dos costumes pessoais, do comportamento, isto é, todos os fatos e atos, melhor dito, das atividades pessoais que não interessam à coletividade⁵¹. O mencionado *status* da intimidade implica na existência de um núcleo reservado e próprio, que delimite a ação e o conhecimento dos demais, estendendo este direito não somente aos aspectos da própria vida pessoal, mas também a determinados aspectos da vida de outras pessoas com os que tem uma estreita vinculação familiar⁵².

⁴⁶ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. Datos personales y protección del ciudadano, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 87, p. 71-97, 1997.

⁴⁷ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. *Derecho a la intimidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 40.

⁴⁸ GARCÍA VITORIA, Aurora. *El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1983, p. 17 e ss.

⁴⁹ UICICH, R. Daniel. *Los bancos de datos y el derecho a la intimidad*. Buenos Aires: AD-HOC, 1999, p. 34.

⁵⁰ PÉREZ LUÑO, A-E. *op. cit.*, p. 355.

⁵¹ GARCÍA GARCÍA, Clemente; GARCÍA GOMEZ, Andres. *op. cit.*, p. 26 e ss.

⁵² CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia*. Madrid: Actualidad Editorial S.A., 1995, p. 85.

Nada obstante, a noção de intimidade, como examinado, estabelecida sobre as bases técnico-jurídicas do direito ao isolamento, do *ius solitudinis*, e situada no plano da autoconsciência e da própria personalidade do indivíduo, foi progressiva e paulatinamente incrementada, dadas as suas projeções jurídicas. Averigua-se esta evolução no conceito jurídico proposto por WESTIN (1967), que define a *privacy* como sendo o direito dos indivíduos, grupos ou instituições para determinar por si mesmos, quando, como e com qual extensão a informação acerca deles pode ser ou não comunicada a outros (*right to control information about oneself*)⁵³. A elaboração jurídica da intimidade foi trasladada desde o *ius solitudinis* até as relações sociais. A sociedade moderna, baseada na diferenciação, na objetivação de papéis, na abstração e na generalização de expectativas e, por isso, dominada pela tensão da conformidade e do controle, coloca o indivíduo numa situação de *homeless*⁵⁴.

O conceito de intimidade, deste modo, emerge do filosófico foro interno, intrassubjetivo, estático, da interioridade ao foro externo, dinâmico, prático, da alteridade, respeitadas, pois, suas implicações intersubjetivas. Esta mudança conceitual teve por finalidade conferir à intimidade a possibilidade de aplicação prática, pois um conceito que não transcendesse ao âmbito da sociabilidade, isto é, da convivência, poderia carecer de relevância jurídica⁵⁵. Adicionou-se, portanto, o poder de controle sobre as informações pessoais à delimitação conceitual do direito à intimidade, antes referido como a faculdade de se isolar. Tal dilatação conceitual se conecta a capacidade de interação da pessoa humana, assumindo esta uma postura de sujeito socializado, que não renuncia, nada obstante, a sua individualidade. Esta tese se fundamenta no fato de que a humanidade está integrada por sujeitos que se compõem de uma dimensão individual (*imanência*) e outra social (*transcendência*), pois a individualidade e a socialização se modulam e se condicionam reciprocamente. A personalidade, neste sentido, vincula-se ao contexto sócio-político em que está a pessoa, e sua autonomia se define por meio de sua participação política e social⁵⁶.

É usual sustentar que a principal contribuição para a configuração jurídica desta faceta da intimidade é a famosa decisão de 15 de dezembro de 1983 do *Bundesverfassungsgericht*, sobre a Lei do Censo da população (*Volkszählungsgesetz*). O teor deste julgado concebeu a intimidade como “autodeterminação informativa” (*informationelle Selbstbestimmung*), ou

⁵³ WESTIN, Alan F. *Privacy and Freedom*. Atheneum, New York, 1967, *apud* LOPÉZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina*. Madrid: Dykinson, 1996, p. 188.

⁵⁴ ANDRADE, M. C. *op. cit.*, p.88.

⁵⁵ PÉREZ LUÑO, A-E. *op. cit.*, p. 355.

⁵⁶ RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Aravaca (Madrid): McGraw-Hill-Interamericana de España, 1998, p. 225-244.

seja, como da autonomia de que a pessoa tem de determinar quem, o que, e em que ocasião (*wer, was, wann, bei welcher Gelegenheit*) pode conhecer e/ou utilizar dados que lhe afetam⁵⁷.

De fato, com estas idéias se completa o clássico direito de defesa, a versão negativa da intimidade, com a possibilidade de se exercer tal direito de forma *positiva*, isto é, denegando ou concedendo informações pessoais⁵⁸. Esta nova dimensão da intimidade também compreende a faculdade do indivíduo de eleger (*status positivus*) sobre a revelação ou não de informações que diretamente lhe concernem, o que constitui a prefiguração da denominada *autodeterminação informativa*. O conceito do direito à autodeterminação informativa provém da reflexão jurisprudencial e doutrinal que se produzira com relação ao controle, por parte do afetado, das informações que se referem a si mesmo ou a sua família. Construiu-se, pois, a partir da noção de intimidade e se encaminha a dotar as pessoas de cobertura jurídica em face do perigo que supõe a informatização dos dados pessoais⁵⁹ e se ratifica com a consagração jurídica do *habeas data*⁶⁰ (*Habeas*: segunda pessoa do presente do subjuntivo de *habeo*. *Habere* significa: tenha posse. *Data* é o acusativo de *datum*: representação convencional de fatos, conceitos ou instruções de forma apropriada para a comunicação e o processamento por meios automáticos). Seria, portanto, o direito do indivíduo a decidir por si mesmo, com as exceções de interesse da sociedade, quando e em que termos seus atos devem ser revelados ao público em geral. Este direito também se configura como uma consequência necessária da obrigação estatal de respeitar a dignidade pessoal. Emergem, pois, dois aspectos distintos da vigente estrutura do direito à intimidade: *ad se – ad alteros*/interioridade – alteridade que podem ser identificados com a faculdade de se obstar a intromissão na sua vida privada e familiar e de se impedir o acesso, a divulgação e a alteração de informações pessoais.

4. Da resolução do caso pelo STJ

Ao teor do exposto, ao examinar a espécie, centrando-se no histórico do *REsp 844.736* há de se concordar com a tese vencedora que *i)* existem meios de o remetente bloquear o *spam* indesejado, aliados às ferramentas disponibilizadas pelos serviços de *e-mail* da *internet*

⁵⁷ PÉREZ LUÑO, A-E. *op. cit.*, p. 358-359.

⁵⁸ Indicam CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro (*Direito da Comunicação Social*, 2ª ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005, p. 217) que o direito à reserva da vida privada se desdobra em dois menores: “a) o de evitar a intromissão de estranhos sobre a esfera privada; b) o de impedir a revelação de informações pertencentes a essa esfera”.

⁵⁹ MURILLO DE LA CUEVA, P. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Editorial Tecnos, 1990, p.25.

⁶⁰ PIERINI, Alicia; LORENCES Valentín, TORNABENE María Inés. *Hábeas data: derecho a la intimidad: derecho a informar, límites, censura*. Buenos Aires Universidad, 1999, p. 20.

e *softwares* específicos, *ii*) resultaria uma banalização do dano moral e a pulverização de ações indenizatórias por envio de *spam*, o que comprometeria indubitavelmente a política judiciária de multiplicidade de recursos.

De fato, a *internet* se insere num conceito libertário e heterogêneo de *rede social* próprio da pós-modernidade. É pautada pelas comunicações intersubjetivas que se baseiam na internacionalidade, na multiplicidade, na interatividade, na abertura e na pulverização, em definitiva, na liberdade! A partir do momento em que o autor se dispôs a utilizar os serviços dessa *rede* mundial, é intuitivo que inevitavelmente esbarre em toda sorte de informação, seja ela produtiva ou não, seja ela ofensiva ou não. Dentro deste tráfego de informações se encontra o *spam*. Não que não deva ser combatida esta forma de comunicação não querida, mas não a ponto de haver uma intervenção estatal, *in casu* uma decisão judicial, para punir um ato que poderia ter sido pelo próprio autor controlado: não ler o e-mail de remetente desconhecido ou simplesmente, após lido, colocá-lo na pasta “lixo eletrônico” para posteriores remessas do mesmo emissor.

Entretanto, o colegiado do Superior Tribunal de Justiça não discorreu a fundo sobre a *questio iuris*. Primeiro porque não diferenciou, de maneira nítida, qual bem da personalidade foi vulnerado. Ao rechaçar a indenização por dano moral com o fundamento de que este pressupõe “dor, vexame, sofrimento ou humilhação” leva o debate para a órbita da *honra* e não da intimidade. Ainda que não seja este o escopo deste *paper*, é conveniente afirmar que para a configuração do dano moral é necessária uma intromissão em algum dos direitos da personalidade, não necessária e imprescindivelmente a *honra*.

Em outras palavras, para configurar o dano moral, decerto, deve necessariamente existir uma vulneração da *inviolabilidade pessoal* que interfira, é verdade, no comportamento psicológico do titular, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio ao ponto de afetar, transitória ou definitivamente, o livre desenvolvimento da sua personalidade. É isso que o texto constitucional disciplina no seu artigo 5º, X. Ligar o dano moral exclusivamente à honra é desconsiderar a inequívoca autonomia constitucional outorgada aos demais direitos da personalidade e desconhecer que o ser humano tem outras potencialidades nas relações de imanência (interiorizada) e transcendência (social) com seus pares.

Tampouco no REsp 844.736 se discutiu, de forma direta, se o envio do *spam* é ou não uma vulneração à intimidade, à vida privada ou à privacidade do requerente. De fato não é. Por alguns motivos a seguir alinhavados:

a) É abstrusamente autofágico o argumento do autor de que o recebimento das mensagens lhe causava embaraços, especialmente quando se reunia com seus clientes utilizando *seu computador portátil* com acesso à *rede*, e que era obrigado a justificar o recebimento das mensagens indesejadas. O *spam* foi recebido no *e-mail pessoal* do autor. O e-mail é um instrumento de comunicação individual, faz parte da chamada Web 1.0. Para se ter acesso a tal ferramenta comunicativa-relacional é necessária uma *senha pessoal de acesso*, digitada quando se anota o usuário (*login*). Além disso, para se ler qualquer e-mail, via de regra, é necessário que voluntariamente se clique na mensagem que se quer ler. Diante deste contexto, o *spam* seria aberto à visitação pública ou restrita somente se o autor, por veleidade própria, optasse por mostrar o *seu* computador portátil e abra-se tal e-mail indesejado na frente de seus clientes. Isso seria, indubitavelmente, uma *autolimitação* voluntária de sua “intimidade” por via de *consentimento autorizante*⁶¹. Inexiste, pois, uma intromissão ilegítima da intimidade.

b) Aduziu-se que o mesmo constrangimento o autor experimentaria com sua esposa, razão pela qual evita que essa utilize o seu computador *pessoal*. A mesma explicação do contexto anterior poder ser trasladada a esta. Além desta, se o usuário municia sua cônica com a senha da *sua* conta de e-mail *pessoal*, ele, por volição própria, limita sua “intimidade” ou a compartilha com quem quiser. Não há, indubitavelmente, uma vulneração inconsentida da sua intimidade.

c) Com o envio do *spam* não houve publicidade dos pensamentos, sentimentos, emoções que denotem preferências, valores e dados que o autor julgue serem reservados e que, de certa forma, indicam como ele se relaciona com a sociedade, com o círculo reservado de seus amigos e ou de sua família, ou seja: não houve interferência que afetara ou obstará o autor de desenvolver suas convicções e valores como a dignidade, a individualidade, a autonomia, a confiança e mesmo o bem estar físico e psicológico ou influenciasse em suas decisões políticas, econômicas, afetivas, jurídicas ou sociais (*status negativo* da intimidade);

b) Com a remessa do indesejado e-mail não ocorreu, igualmente, conspurcação ou atenuação do direito do autor em decidir por si mesmo quem, o que, e em que ocasião (*wer, was, wann, bei welcher Gelegenheit*) se utiliza os dados que lhe afetam e tampouco foram revelados ao público em geral (*status positivus*).

5. Conclusões

⁶¹ CAPELO DE SOUZA, R. V. A. *op. cit.*, p. 441-442.

a) A doutrina elegeu o uso da expressão *direito à privacidade*, em sentido amplo, de modo a abarcar essas manifestações da intimidade e da vida privada. *Privacidade* seria, pois, o conjunto de informações acerca do indivíduo, que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições. Nada obstante, a *intimidade* é mais um conceito mais restritivo e possivelmente mais intenso que o estadunidense *privacy*, e que o anglicismo *privacidade*, apesar da adoção massiva pelos doutrinadores, deve se entender como referente à *vida privada*;

b) É mais fácil ser reconhecida a intimidade como *direito* (fator político-jurídico): onde tenha sido normatizada;

c) Para se ter a vida livre e digna, é necessário dispor de um âmbito de individualidade, de um espaço isento de interferências em que se possa desenvolver as convicções, valores como a dignidade, a individualidade, a autonomia, a confiança e mesmo o bem estar físico e psicológico, resguardando seus pensamentos, sentimentos e fatos dentro de uma *zona pessoal* de acesso *restrito*, uma pretensão de *isolamento moral*, com a possibilidade de subtrair aspectos da individualidade do conhecimento abusivo de estranhos e se configura, em última instância, como um direito à autodeterminação no que concerne à sua pessoa;

d) o conceito de intimidade emergiu do filosófico foro interno, intrassubjetivo, estático, da interioridade ao foro externo, dinâmico, prático, da alteridade, respeitadas, pois, suas implicações intersubjetivas, ampliando seu âmbito, por conseguinte, até a *autodeterminação informativa*;

e) Neste instigante caso, não se discorda da parte dispositiva da decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça. No entanto, estima-se que perdeu o *Tribunal da Cidadania*, na fundamentação, a oportunidade de ter aprofundado acerca da intimidade na *Sociedade Informatizada*.

5. Referências

ABREU, Luis Vasconcelos. Limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mediante o acordo do seu titular: o caso do *big brother*, *Revista do Ministério Público*, nº 101, Ano 26, p.113-118, Jan-Mar 2005.

ALCARAZ, Hubert. El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información: Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut-être jamais, peut être demain!, *ARAUCARIA - Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Nº 18, Año 9, p.06-28, Segundo Semestre de 2007.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ATHENIENSE, Alexandre. As transações eletrônicas e o direito de privacidade, *Fórum administrativo*, v.2, n.19, p.1170-1177, set. 2002.

BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR; Carla Bianca. A Honra e a Intimidade em face dos direitos da personalidade, In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny (coord.). *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.121 – 132.

BRASIL LIMA, Marco Aurélio. A responsabilidade civil do site que publica conteúdo de terceiros. In: RIBEIRO DO VALLE, Regina (organizadora). *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 283-290.

CACHAPUZ, M. C. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.

CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada, *Separata de "Estudos em Homenagem ao Prof. Paulo Cunha"*, Lisboa, 1988.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós: estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. Lições de direitos da personalidade, *Separata do vol LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.67, p.129-223, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *"Reality shows" e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª ed., vol.I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARVALHO, A. P. Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos, *Revista de direito do consumidor*, n.46, p.77-119, abr./jun. 2003.

CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, Antônio Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Legislação Anotada da Comunicação Social*. Lisboa: Casa das Letras, 2005.

_____. *Direito da Comunicação Social*, 2ª ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005.

CASTRO, L. F. Martins. Proteção de dados pessoais: panorama internacional e brasileiro, *Revista CEJ*, v.6, n.19, p.40-45, out./dez. 2002.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A, 1996.

CONSTANT, Benjamin. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos, *Escritos Políticos* (trad., estudio preliminar y notas de María Luisa Sánchez Mejías). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

CORREIA, Luís Brito. *Direito da Comunicação social*, vol. 1. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

COUTO, A. C. Felipe do. Os cadastros restritivos de crédito, *Informativo jurídico Consulex*, v.17, n.42, p.11, 20 out. 2003.

CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia*. Madrid: Actualidad Editorial S.A., 1995.

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

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980.

DRUMMOND, Víctor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

DUARTE DE QUEIROZ, D. Privacidade na Internet. In: REINALDO FILHO, Demócrito (coord.). *Direito da Informática, Temas polêmicos*. Bauru, SP: Edipro, 2002, p. 81-96.

EJNISMAN, Marcela. W. Privacidade possível na era digital, In: RIBEIRO DO VALLE, Regina (organizadora). *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 91-101.

ESPINAR VICENTE, José María. La primacía del Derecho a la información sobre la intimidad y el honor. In: RODRÍGUEZ-ARANGO, San Miguel (Editor). *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 46-67.

- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- FAYOS GARDÓ, Antonio. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- FROSINI, Vittorio. *Il diritto nella società tecnologica*. Milano: Giuffrè, 1981
- GARCÍA GARCÍA, Clemente; GARCÍA GOMEZ, Andres. *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*. Murcia: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia e Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, 1994.
- GARCÍA VITORIA, Aurora. *El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1983.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. Datos personales y protección del ciudadano, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 87, p. 71-97, 1997.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GONÇALVES, L. de Carvalho Ribeiro. Abordagem constitucional do banco de dados, *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v.2, n.7, p.56-68, fev./mar. 2006.
- GUERRA, Sidney Cesar Silva. *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Madrid: Editorial Colex, 1994.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada, *Revista Trimestral de Direito Civil RTDC*, v. 07, nº 27, p. 211-219, jul./set., 2006.
- LIMBERGER, T. A informática e a proteção à intimidade, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.8, n.33, p.110-124. out./dez 2000.
- LOPÉZ DÍAZ, Elvira. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina*. Madrid: Dykinson, 1996.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a vídeo-vigilância (Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães de 31.3.2004, Proc.415/04), *Cadernos de Direito Privado*, vol. 11, p.47-62, Jul/Set, 2005.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MURILLO DE LA CUEVA, P. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Editorial Tecnos, 1990.

OPICE BLUM, Renato M. S.; CARDOSO, Taysa Elias. Políticas de segurança, privacidade e os tribunais. In: RIBEIRO DO VALLE, Regina (organizadora). *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 153-157.

PAIVA, M. Antônio Lobato de. Autodeterminação informativa. In: *Direito Administrativo: temas atuais*, Leme, SP: LED, 2003, p. 675-705.

PIERINI, Alicia; LORENCES Valentín, TORNABENE María Inés. *Hábeas data: derecho a la intimidad: derecho a informar, limites, censura*. Buenos Aires Universidad, 1999.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. A protecção da vida privada e a Constituição, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI, p. 153-203, 2000.

_____. O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIX, p. 479 e ss., 1993

_____. A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional (relatório elaborado com a colaboração da Assessora do Tribunal Constitucional, Dr^a Raquel Reis), *Conferência Trilateral Espanha, Itália, Portugal*, 01-04 de outubro de 2006.

PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de Imprensa e vida privada, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, p. 27-147, abril de 1994.

PORTO MACEDO JUNIOR, Ronaldo. Privacidade, Mercado e informação, *Revista de Direito do Consumidor*, n.31, p.13-24, jul./set. 1999.

RAMOS, A. de Carvalho. O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil, *Revista de direito do consumidor*, n.53, p.39-53, jan./mar. 2005.

REBELO, Maria da Glória Carvalho. *A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão*. Lisboa: Lex, 1998.

REINALDO FILHO, Demócrito. A privacidade na sociedade da Informação. In: REINALDO FILHO, Demócrito (coord.). *Direito da Informática, Temas polêmicos*. Bauru, SP: Edipro, 2002, p. 25-40.

_____. A central de risco de crédito do Banco Central: considerações sobre sua natureza e os riscos à proteção dos dados pessoais dos clientes bancários, *Consulex Revista Jurídica*, v.9, n.192, p.52-58, jan. 2005.

RODRIGUES, N. Cunha. Direitos do consumidor e os arquivos de consumo, *Boletim dos Procuradores da República*, v.5, n.64, p.21-31, ago. 2003.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Aravaca (Madrid): McGraw-Hill-Interamericana de España, 1998.

RUIZ MIGUEL, C. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995.

SAHM, Regina. *Direito à imagem no Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002.

SALDAÑA DÍAZ, María Nieves. La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica, *Araucaria: Revista Iberoamericana Filosofía, Política y Humanidades*, Año 8, Nº 18, p. 85-115, Segundo Semestre de 2007.

SILVA, Fernando Cinci A.; RIBEIRO DO VALLE, Regina. Direito Institucional: autorregulação da internet. In: RIBEIRO DO VALLE, Regina (organizadora). *E-DICAS: O Direito na sociedade da Informação*. São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 245-254.

UICICH, Rodolfo Daniel. *Los bancos de datos y el derecho a la intimidad*. Buenos Aires: AD-HOC, 1999.

VIEIRA, S. Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*, São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

WARREN, S.; Brandeis, L. *El derecho a la intimidad*, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga. Madrid: Civitas, 1995.