

TUTELA INIBITÓRIA E A DEFESA DO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA: Em Busca da Concretização dos Direitos Fundamentais

Gabriel de Lima Bedin

Mestrando em Direitos Humanos pela Unijuí e advogado.
gbedin@msn.com

Resumo:

Este artigo faz uma análise da evolução da tutela jurisdicional, passando pela autotutela até a tutela jurisdicional dos direitos. Analisa a tutela inibitória como tutela capaz de impedir a prática, a repetição ou a continuação de ilícito, bem como seus pressupostos, buscando compreender a efetividade dos direitos por meio dessa tutela jurisdicional. Nessa perspectiva, tece considerações acerca dos direitos à intimidade e à vida privada, entendendo-os como direitos fundamentais, e, por fim, conclui-se pela importância da tutela inibitória na defesa dos direitos à intimidade e à vida privada em decorrência do seu caráter preventivo, próprio para protegê-los e evitar que o ilícito aconteça ou se perpetue.

Palavras-chave: Tutela inibitória. Efetividade. Direitos à intimidade e à vida privada.

**Inhibitory tutelage and defending the right of privacy and private life:
in search of realization of fundamental rights**

Abstract:

This paper research analyzes the evolution of judicial tutelage, through self-protection to protect the rights. Analyzes the inhibitory tutelage able to stop the practice, the repetition or continuation of illicit and their assumptions, trying to understand the effectiveness of judicial protection of rights through of jurisdictional tutelage. From this perspective, weaves considerations about rights to privacy and private life, understanding them as fundamental rights, and, finally, concludes the importance of inhibitory protection rights to privacy and private life as a result of his attribute prevention, proper to protect them and prevent the illicit happen or perpetuate.

Keywords:

Inhibitory tutelage. Effectiveness. Rights of privacy and private life.

Sumário:

1. Introdução. 2. A Tutela jurisdicional. 2.1 O monopólio estatal. 2.1.1 A proibição da autotutela. 2.1.2 A tutela jurisdicional dos direitos. 3. A Tutela Inibitória. 3.1. Conceito. 3.2. Pressupostos. 3.2.1. Ato ilícito e dano. 4. A Tutela inibitória nos Direitos à intimidade e à vida privada. 4.1. Os direitos à intimidade e à vida privada como direitos da personalidade. 4.1.1 Os direitos à intimidade e à vida privada. 4.1.2 Conceito de intimidade e vida privada. 4.1.3 Diferenças entre intimidade e vida privada. 4.2. A intimidade e a vida privada como direitos fundamentais. 4.2.1 A efetividade da defesa dos direitos à intimidade e à vida privada. 4.3. A Tutela inibitória na defesa do direito à intimidade e à vida privada. 4.3.1 A defesa dos direitos à intimidade e à vida privada em juízo. 4.3.2 A tutela inibitória como meio de efetivação dos direitos à intimidade e à vida privada. 5. Conclusão. Referências

1. INTRODUÇÃO

A tutela dos direitos é fundamental para a sociedade contemporânea, pois proporciona o efetivo exercício de todos os direitos assegurados na legislação pelos indivíduos. Assim, a temática que será abordada neste artigo versará sobre a efetividade dos direitos, em especial sobre a necessidade de proporcionar ao indivíduo uma tutela capaz de prevenir ilícitos, não se limitando a ressarcir monetariamente eventuais danos.

É pertinente salientar, entretanto, que a tutela dos direitos sofreu inúmeras transformações no decorrer da História, passando da autotutela dos direitos, na qual os próprios indivíduos eram encarregados de assegurar seus direitos, até chegar ao monopólio estatal da Justiça, momento em que o Estado tomou para si a atividade de jurisdicionar.

O artigo, com efeito, objetiva compreender a aplicação da tutela inibitória na defesa dos direitos à intimidade e à vida privada, os quais são direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, X. Assim, a tutela inibitória será analisada como meio adequado para tutelar os direitos fundamentais, notadamente os direitos à intimidade e à vida privada, prevenindo ou impedindo a repetição de eventual ilícito contra os direitos.

A defesa dos direitos à intimidade e à vida privada em juízo, por conseguinte, se mostra fundamental para compreender a necessidade de uma tutela garantidora de direitos, em que não se postula somente o ressarcimento dos danos. A efetividade dos direitos à intimidade e à vida privada, portanto, somente será obtida pela tutela inibitória, a qual será analisada neste artigo.

Destaque-se, ainda, que para alcançar tais objetivos o método de abordagem empregado foi o dedutivo, partindo da relação entre argumentos gerais para argumentos particulares, até se chegar a uma conclusão. Como método de procedimento foi utilizado o monográfico, a partir de pesquisas e fichamentos em fontes bibliográficas, além de livros e trabalhos relativos ao assunto.

Nesse contexto, serão analisados os direitos à intimidade e à vida privada como direitos da personalidade e como direitos fundamentais. Serão, igualmente, conceituadas intimidade e vida privada. Por fim, analisar-se-á a tutela inibitória na defesa dos direitos à intimidade e à vida privada, em especial como meio de efetividade destes direitos.

2. A TUTELA JURISDICIONAL

A tutela jurisdicional evoluiu juntamente com a sociedade passando por inúmeras transformações no decorrer da História. Hodiernamente acredita-se que o Direito está umbilicalmente ligado à jurisdição, estando adstrito ao monopólio estatal da Justiça. Ocorre, todavia, que a tutela jurisdicional não foi sempre entendida desse modo, pois, conforme Ovídio A. Batista da Silva e Fábio Gomes (2002, p. 60),

[...] o direito, antes de ser monopólio do Estado, era uma manifestação das leis de Deus, apenas conhecidas e reveladas pelos sacerdotes. O Estado não o produzia sob a forma de normas abstratas reguladoras da conduta humana. [...]

Nos primórdios da civilização humana, portanto, inexistia um Estado forte o suficiente para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares, devendo cada indivíduo, mediante a sua própria força, conseguir a satisfação da sua pretensão. Convivia-se, então, com a vingança privada e com a autotutela dos direitos, não garantindo a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido (Grinover; Dinamarco; Cintra, 2007).

Com efeito, passa-se a analisar a evolução da tutela jurisdicional, a qual fora monopolizada pelo Estado, tomando para si a resolução de conflitos de interesses individuais, proibindo a autotutela.

2.1 O monopólio estatal

Para o monopólio estatal da jurisdição foi fundamental dois movimentos realizados pelo Estado moderno a partir da crise da Baixa Idade Média, uma vez que fora retirado dos senhores feudais o poder em cada uma de suas sedes territoriais e centralizado este poder nas mãos do monarca. Essa centralização deve ser entendida tanto na função dos poderes quanto na autoridade do monarca, dominando por completo o que tinha sido ou poderia ser atribuições judiciais ou legislativas (Bedin, 2008).

Dessa forma, à medida que o Estado foi-se afirmando conseguiu impor-se cada vez mais aos particulares, aumentando a sua participação nas decisões dos litígios e garantindo a sua efetivação, exercendo o seu poder para a solução dos conflitos interindividuais (Grinover; Dinamarco; Cintra, 2007).

Assim, o monopólio estatal da justiça somente aconteceu quando o Estado “[...] assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social” (Silva; Gomes, 2002, p. 60). O Estado, nesses termos, proibiu a autotutela monopolizando a tutela jurisdicional dos direitos, comprometendo-se a pacificar os conflitos de interesses individuais por intermédio da jurisdição.

2.1.1 A proibição da autotutela

O Estado monopolizou a tutela jurisdicional oferecendo aos indivíduos o direito de recorrer à justiça e ao direito de ação (Marinoni; Arenhart, 2003). Assim, com o advento da *cognitio extra ordinem*, o Estado impõe-se autoritariamente sobre os particulares, pois prescindia da voluntária submissão destes, impondo-lhes a solução para os conflitos de interesses, surgindo a jurisdição (Grinover; Dinamarco; Cintra, 2007).

Desse modo, no entendimento de Ada Pellegrini Grinover et al. (2007, p. 29),

[...] o Estado conquistou para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição) [entretanto] é claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira limpa e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada freqüentemente de retrocessos e estagnações.

Nesses termos, para Chiovenda, citado por Silva e Gomes (2002, p. 62), “O Estado moderno considera, pois, como sua função essencial a administração da justiça; somente ele tem o poder de aplicar a lei ao caso concreto, poder que se denomina jurisdição.” Humberto Theodoro Junior (2008, p. 36), por sua vez, entende a jurisdição “[...] como o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.

A jurisdição pode ser entendida como

[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e se o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o processo (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o prefeito estabelece (através da execução forçada) (Grinover; Dinamarco; Cintra, 2007, p. 145).

Desse modo, com a proibição da autotutela os juízes agem em substituição às partes, considerando que estas não podem mais agir por suas próprias mãos, restando a possibilidade de provocar o exercício da função jurisdicional. Esta, por sua vez, é exercida por meio do processo, o que pode ser conceituado como “instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução” (Grinover; Dinamarco; Cintra, 2007, p. 29).

2.1.2 A tutela jurisdicional dos direitos

Ao proibir a autotutela, o Estado assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos conflitos, surgindo o processo como instrumento de prestação da tutela jurisdicional (Marinoni, 2008). Tem-se, assim, que o processo é o meio de realização de um dos fins do Estado, que é a preservação da paz social, bem como forma em que a parte faz valer sua pretensão em juízo (Alvim, 2003).

Assim, em contrapartida à proibição da autotutela, conferiu-se ao cidadão o direito de recorrer ao Estado diante dos conflitos de interesses, denominado direito de ação. Tal direito impõe o mesmo resultado que o direito material prevê caso suas normas fossem espontaneamente observadas, isto é, o direito de ação é visto como um direito à adequada tutela jurisdicional (Marinoni; Arenhart, 2003).

Nesses termos, a ação é o instrumento idôneo para se obter o pronunciamento estatal sobre a demanda, ou seja, “Será pelo exercício do direito de ação (CF, art. 5^a, XXXV) que o interessado, ante a lesão ou ameaça a direito subjetivo, provocará a máquina jurisdicional e obterá do Estado um pronunciamento sobre a demanda” (Paula, 2003, p. 72). Para que o processo corresponda como instrumento, entretanto, deverão ser analisadas quais normas concretas de direito material são aplicáveis à espécie, o que permitirá uma tutela final efetiva e adequada.

Assim sendo, os procedimentos, as sentenças, os meios de execução e a possibilidade de antecipação são técnicas para a prestação da tutela jurisdicional dos direitos (Marinoni, 2008). Além disso, a tutela jurisdicional visa à defesa do direito subjetivo por meio de instrumento idôneo, tendo “[...] o condão de manter intacto um direito subjetivo quando ameaçado ou fazer retornar ao *status quo ante* quando lesado” (Paula, 2002, p. 71).

Desse modo, as normas jurídicas destinam-se à solução dos conflitos, representando a vontade geral e abstrata que está condicionada à efetiva constatação da ocorrência dos fatos necessários à incidência do preceito que contém.

Assim, é mediante o processo que se tem a realização do direito material, no qual é concedida a tutela jurisdicional adequada, buscando o máximo de proximidade entre o direito substancial e o processual para que, dessa forma, se obtenha a efetividade do processo.

3. A TUTELA INIBITÓRIA

A tutela inibitória se destina a impedir a violação de um direito. Ela pode, mais precisamente, voltar-se a impedir a prática de ato contrário ao direito, ou mesmo a sua repetição ou continuação (Marinoni; Arenhart, 2008). Sua origem, explica Silva (2009), está no direito italiano e revela que fora concebida como instrumento *ad iurisdictionem conservandam*, dotada, portanto, de preventividade para conservar o *status quo* do direito submetido à jurisdição. A tutela inibitória no direito italiano, então, era instrumento destinado à restauração do direito violado, sendo utilizada, inclusive, para inibir a execução imediata da sentença apelada.

Assim, a tutela inibitória começou a ser entendida

[...] como um remédio indispensável para a proteção dos “novos direitos”, quais sejam, os direitos não patrimoniais, sob o pressuposto, duvidoso, de que a jurisdição tradicional, desde o direito romano clássico, não dispusesse de instrumentos processuais para a tutela dos direitos de cunho não patrimoniais [...] (Silva, 2009, p. 44).

No direito brasileiro a tutela inibitória pode ser postulada pelos artigos 461, do Código de Processo Civil, e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, os quais versam sobre obrigações de fazer e de não fazer, dispositivos legais que oportunizam sentenças mandamentais e executivas. Dessa forma, a tutela inibitória deverá ser pugnada por meio de ação inibitória, mediante ação de cognição exauriente, capaz de impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito. Frise-se que nada impede, porém, que

[...] a tutela inibitória seja concebida antecipadamente, no curso da ação inibitória, como tutela antecipada. Ao contrário, considerando a natureza da tutela inibitória, é fácil perceber que em grande número de casos apenas a inibitória antecipada poderá corresponder ao que se espera da tutela preventiva [...] (Marinoni, 2006, p. 39).

A tutela inibitória, nesses termos, poderá ser postulada para inibir a prática de ilícito diante de qualquer direito material, fundamentando-se no disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O sobre-dito dispositivo legal é considerado como base de uma tutela preventiva geral, capaz de tutelar direito material, mesmo que não expressamente previsto em lei.

3.1. Conceito

A tutela inibitória é uma tutela preventiva, visando a prevenir o ilícito. Caracteriza-se, portanto, como uma tutela anterior à prática deste, não voltada ao passado como a tutela ressarcitória, mas para o futuro, independentemente de estar sendo dirigida para impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. É pertinente salientar, ademais, que a tutela inibitória, mesmo que movida apenas para fazer cessar o ilícito ou para impedir a sua repetição, não perde a sua natureza preventiva, uma vez que não objetiva reintegrar ou reparar o direito violado (Marinoni, 2006).

Nesse contexto, a existência de uma tutela eminentemente preventiva, isto é, utilizada não para reparar, mas para impedir a ocorrência de ilícito, exige a quebra do paradigma “[...] que a única e verdadeira tutela contra o ilícito é a de reparação do dano ou a tutela ressarcitória [...]” (Marinoni, 2006, p. 37).

Dessa forma, a tutela inibitória trata-se de uma tutela específica, haja vista que objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância em razão de que se mostra muito mais adequado prevenir o ilícito do que ressarcir o direito já violado. A tutela ressarcitória, com efeito,

[...] substitui o direito originário por um direito de crédito equivalente ao valor do dano verificado e, nesse sentido, tem por escopo apenas a garantia da integridade patrimonial dos direitos; já a inibitória, que não tem qualquer caráter subrogatório, destina-se a garantir a integridade do direito em si [...] (Marinoni, 2006, p. 38).

A tutela inibitória, portanto, pode ser entendida como uma tutela preventiva, voltada para o futuro, que objetiva inibir a prática do ilícito para assegurar a plenitude do direito material. É voltada para o futuro, pois se limita a impedir o ilícito e não reparar o direito já violado, o que será competência da tutela resarcitória. A tutela inibitória funciona por meio de uma decisão judicial capaz de impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, que poderá ser concedida, inclusive, mediante antecipação dos efeitos da tutela.

3.2. Pressupostos

A tutela inibitória pressupõe um perigo pela prática de ato contrário ao direito, ou o perigo de sua continuação ou repetição. Ao postular a tutela inibitória, todavia, o requerente deverá demonstrar não somente o perigo da prática, da continuação da repetição do ato contrário ao direito, mas também que o ato praticado será ilícito, havendo diferença entre este e o dano propriamente dito.

3.2.1. Ato ilícito e dano

O dano não está entre os pressupostos da tutela inibitória, uma vez que visa apenas a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. Assim, para a configuração do ilícito basta a prática de um ato contrário ao direito ou uma conduta, ainda que esta não seja seguida por um evento. O dano, dessa forma, não é essencial para a configuração do ilícito (Marinoni, 2008).

O dano, na verdade, constitui uma consequência meramente eventual do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito (Marinoni, 2006).

Esclarece Cian, citado por Marinoni (2008, p. 75), que

Poderia alguém observar que o ilícito requer um evento, entendido como modificação do mundo externo conseqüente à ação, em razão do qual deve existir uma perda patrimonial, isto é, um dano. Seria esta, porém, uma perspectiva inexacta, porque o dano, assim concebido, deve ser colocado entre os requisitos necessários para que surja a obrigação de ressarcir, não para que exista um ilícito.

A doutrina tradicional tem dificuldade de estabelecer um verdadeiro conceito de ilícito em razão da dedicação quase que exclusiva à responsabilidade pelos danos, esquecendo, muitas vezes, o ato contrário ao direito. Isso se deve à preocupação e à maior utilização pelos operadores do direito pela tutela ressarcitória, devido à mercantilização dos direitos. Dessa forma, ainda há associação indevida entre ilícito e dano, pois sempre se pensou somente na tutela ressarcitória, posto que, se não houver dano, não haverá esta tutela (Marinoni, 2008).

Nesses termos, denota-se que o dano constitui uma consequência meramente eventual do ato ilícito, o qual, para sua configuração, “[...] é suficiente a transgressão de comando jurídico, pouco importando se tal transgressão levará a um dano ou não” (Marinoni, 2008, p. 75).

É certo que a probabilidade do ilícito é, com freqüência, a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível separar, cronologicamente, o ilícito e o dano. Contudo, o que se quer deixar claro é que para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado, em determinados casos, até mesmo para se estabelecer com mais evidências a necessidade da inibitória (Marinoni, 2006, p. 47).

Desse modo, a tutela inibitória não pode ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade de dano, mas sim como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que independe da configuração do dano.

4. A TUTELA INIBITÓRIA NOS DIREITOS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

A tutela inibitória apresenta-se como tutela preventiva capaz de prevenir ilícitos, tratando-se, portanto, de uma tutela fundamental para assegurar a efetividade dos direitos, haja vista que possibilita o seu pleno gozo, não se limitando a ressarcir-los após a violação. Assim, tem-se que a tutela inibitória se mostra importante para garantir o exercício dos direitos da personalidade, dentre os quais se encontram o direito à intimidade e à vida privada.

Nesse contexto, os direitos à intimidade e à vida privada devem ser compreendidos como direitos imprescindíveis para o indivíduo, porquanto asseguram o mínimo necessário para a formação e desenvolvimento das individualidades do cidadão, sendo, por isso, compreendidos como direitos da personalidade e direitos fundamentais, mostrando-se forçoso melhor compreendê-los para postular a sua efetividade mediante a tutela inibitória.

4.1. Os direitos à intimidade e à vida privada como direitos da personalidade

Os direitos à intimidade e à vida privada são entendidos como direitos da personalidade, os quais não podem ser garantidos adequadamente somente por uma tutela que possa ser utilizada apenas após a lesão ao direito, porquanto a tutela ressarcitória é incapaz de salvaguardá-los, transformando-os em mero direito à indenização. Assim, a tutela inibitória é a medida adequada para a proteção desses direitos, tendo em vista que, além de prevenir o ilícito, atua de modo a garantir o direito específico ao invés de somente ressarcir pecuniariamente o dano sofrido (Marinoni, 2008).

Gize-se, dessa forma, que os direitos da personalidade estão previstos nos artigos 11 e seguintes do Código Civil, não havendo correspondentes no Código Civil de 1916, sendo, por conseguinte, entendidos como “novos direitos”. Os direitos da personalidade, no entendimento de Francisco Amaral (2003, p. 249),

[...] são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. Como direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico, o direito à vida e ao próprio corpo, no aspecto intelectual o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor, e no aspecto moral o direito à liberdade, à honra, ao recato ao segredo, à imagem, à identidade e ainda, o direito de exigir de terceiro o respeito a esses direito.

Assim, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são entendidos basicamente como o físico, o intelectual e o moral. Dessa forma, para Nestor Duarte (2009, p. 28), “A integridade moral é garantida mediante o reconhecimento dos direitos à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem e à identidade [...]”.

Duarte (2009, p. 28) ainda afirma que

Os direitos da personalidade são absolutos, extrapatrimoniais e perpétuos. De seu caráter absoluto decorre a oponibilidade *erga omnes*, na medida em que geram o dever geral de abster-se de sua violação. Sua extrapatrimonialidade afasta a possibilidade e, em consequência, são direitos impenhoráveis. Sendo perpétuos, não comportam renúncia, nascendo e extinguindo-se com a pessoa, embora sob alguns aspectos possam gozar de proteção para depois da morte.

Nesses termos, tem-se que os direitos da personalidade são inerentes aos indivíduos, compreendendo os direitos indispensáveis ao ser humano, pois se tratam de direitos necessários para uma vida digna e respeitável, os quais devem ser garantidos e efetivados pelo Estado, visando o seu integral exercício.

A jurista Alice Monteiro de Barros (1997, p. 26), por sua vez, entende que

[...] a doutrina nacional classifica os “direitos da personalidade” como direito à integridade física (direito à vida, à higidez corpórea, às partes do corpo, ao cadáver, etc.); direito à integridade intelectual (direito à liberdade de pensamento, autoria artística e científica e invenção) e direito à integridade moral, incluindo neste último o direito à imagem, à intimidade, à privacidade, ao segredo, à honra, à boa fama, à liberdade civil, política e religiosa.

Desse modo, os direitos da personalidade, em especial o direito à intimidade e à vida privada, necessitam de uma tutela que possibilite o seu exercício pleno, impedindo que qualquer ilícito evite a sua efetividade, uma vez que são direitos fundamentais, inerentes ao ser humano. Nesses termos, a tutela inibitória se mostra a via adequada para proporcionar o seu efetivo exercício, garantindo a maximização desses direitos.

4.1.1 Os direitos à intimidade e à vida privada

Os direitos à intimidade e à vida privada, como já fora afirmado, são entendidos evidentemente como direitos da personalidade, pois representam o mínimo capaz de garantir ao homem sua condição humana. Suas características identificam-se com os direitos da personalidade, pois são pessoais, extrapatrimoniais, inalienáveis, absolutos e imprescritíveis, situando-se como subdivisão do direito à integridade moral (Fregadolli, 1998).

Dessa forma, não há dúvida que os direitos à intimidade e à vida privada integram os direitos da personalidade, pois estão ligados à essência do indivíduo. Para Paulo José da Costa Júnior, citado por Luciana Fregadolli (1998), os direitos à intimidade e à vida privada enquadram-se entre os direitos que constituem um atributo da personalidade e se caracterizam por serem absolutos, indisponíveis e por não se revestir de natureza patrimonial.

A intimidade e a vida privada, portanto,

[...] constituem um conjunto de informações pessoais submetidas a um regime jurídico de contenção [...] como a exclusão do conhecimento alheio; [...] como o controle de informação pessoal; [...] como controle do, ou limitação ao acesso pessoal (Sampaio, 1998, p. 239-241).

Desse modo, os direitos à intimidade e à vida privada são essenciais para os indivíduos, porquanto constituem fundamental parcela da personalidade, e para melhor compreendê-los faz-se necessário conceituá-los e diferenciá-los, visando a um melhor entendimento sobre a importância desses direitos.

4.1.2 Conceito de intimidade e vida privada

Os direitos à intimidade e à vida privada devem ser entendidos como institutos distintos, tendo em vista que possuem diferentes conceitos, o que possibilita a mais ampla proteção do indivíduo diante de qualquer espécie de atentado (Fregadolli, 1998). Há, entretanto, dificuldade de conceituá-los em razão de fatores culturais e sociais interferentes, mas que não poderão impedir a conceituação (Sampaio, 1998).

Assim, Ferraz Junior, citado por Fregadolli (1998, p. 44), afirma que

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

Nesses termos, inexistente um conceito absoluto de intimidade, mas se mostra possível exemplificá-lo com o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal e o segredo íntimo, cuja mínima publicidade constrange. A intimidade, ademais, pode ser definida como “[...] o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só” (Farias, 1996, p. 111).

A vida privada, por sua vez, “[...] envolve a proteção de forma exclusiva de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém como alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos de terceiros” (Ferraz Jr. apud Fregadolli, 1998, p. 44). Com efeito, a vida privada pode envolver situações de opção pessoal, como a escolha do regime de bens no casamento, mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação a terceiros, como, por exemplo, na aquisição de imóvel.

A conceituação de intimidade e vida privada, destarte, faz-se necessária em razão da possibilidade de tutelarem situações diversas, ampliando a proteção de direitos ante a ilícitos que possam ser praticados contra o indivíduo, o que necessitará de uma tutela adequada para a sua intimidade e vida privada. Dessa forma, faz-se mister realizar uma diferenciação entre a intimidade e a vida privada para melhor compreender os diferentes escopos que poderão ser tutelados.

4.1.3 Diferenças entre intimidade e vida privada

Grande parte da doutrina trata o direito à intimidade e à vida privada como sinônimos, não traçando qualquer distinção entre estes. Assim, tem-se que alguns autores entendem que não há distinção entre vida privada e intimidade, pois entendem que vida privada é gênero que inclui como núcleo central a intimidade, isto é, a intimidade seria parte mais reservada da vida privada. Para outros, a vida privada é uma das facetas que integram o conceito de intimidade para fins jurídicos, sendo a intimidade uma categoria e a vida privada a parte mais restrita dessa categoria (Fregadolli, 1998).

Nessa senda, inobstante o entendimento de alguns autores acerca da inexistência de distinção entre intimidade e vida privada, a Constituição Federal de 1988 resolveu tutelar de forma autônoma o direito à vida privada, distinguindo-o da figura da intimidade (Farias, 1996). A atitude do legislador constituinte, no

entendimento de Fregadolli (1998, p. 43), fora acertada “[...] já que como dois conceitos diversos, com extensões de tutela diversa, permite-se a mais ampla proteção do indivíduo, diante de qualquer espécie de atentado.”.

O direito à intimidade e à vida privada, no entendimento de Edson Pereira de Farias (1996, p. 106), “[...] foram paulatinamente sendo perfilados primeiramente como direitos subjetivos da personalidade, com eficácia prevalente no âmbito *inter privato* para só mais tarde alcançar a estatura constitucional.” Assim sendo, hodiernamente os direitos à intimidade e à vida privada possuem *status* constitucional, sendo entendidos como direito fundamental em razão da sua importância para cada indivíduo.

4.2. A intimidade e a vida privada como direitos fundamentais

Na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º ao 17, estão expostos os direitos fundamentais e suas garantias. Dentre estes dispositivos constitucionais se destaca o artigo 5º, no qual há previsão expressa de todos os direitos fundamentais dos indivíduos que deverão ser fomentados e garantidos pelo Estado. Assim, os direitos fundamentais possuem lugar de destaque no ordenamento jurídico pátrio, pois consistem no núcleo de direitos individuais e coletivos dos cidadãos; direitos que deverão ser plenamente exercidos.

Dessa forma, depreende-se da leitura dos incisos do artigo 5º que há previsão expressa acerca da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, conforme se denota no seu inciso X. A Constituição Federal de 1988, portanto, oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como da vida privada, isto é, o indivíduo pode obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada, bem como o acesso a informações sobre a sua privacidade.

A Constituição Federal de 1988, por conseguinte, transformou o direito à vida privada e à intimidade como protagonistas nas garantias dos cidadãos, haja vista que elevou estes direitos às garantias fundamentais, pois estão previstos no artigo 5º, inciso X, ressaltando, assim, a sua importância. Para Farias (1996, p. 105), o direito à intimidade e à vida privada

[...] através do seu reconhecimento na constituição como direito fundamental [...] passam a gozar de regime jurídico especial, consubstanciando no princípio geral do maior valor dos direitos fundamentais. Assim, esses direitos, como integrantes do sistema de direitos fundamentais, v.g., passam ter a garantia de “cláusulas pétrias” (CF, art. 60, §4º, IV); aplicação imediata (CF, art. 5ª, §1º); restrição com arrimo na constituição por meio de lei (reserva geral) com o escopo de realizar a compatibilização com outro direito fundamental ou outro bem jurídico de estatura constitucional; proteção do núcleo essencial.

Desse modo, os direitos à intimidade e à vida privada são direitos fundamentais, devendo, portanto, serem adequadamente tutelados, evitando-se a sua violação e a prática de ilícitos contra estes direitos, haja vista que os direitos fundamentais deverão ser plenamente garantidos, assegurando a sua efetividade em razão da sua importância para os indivíduos e para o ordenamento jurídico.

4.2.1 A efetividade da defesa dos direitos à intimidade e à vida privada

Os direitos à intimidade e à vida privada, como já fora afirmado, estão previstos no inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, isto é, são direitos fundamentais de todos os indivíduos. Assim, urge a necessidade de garantir a efetividade desses direitos com uma tutela jurisdicional capaz de assegurar o pleno exercício dos direitos à intimidade e à vida privada, pois a sua condição de direito fundamental exige do Estado medidas necessárias a sua efetividade.

Nesses termos, o referido dispositivo constitucional assevera que, em caso de inviolabilidade da intimidade ou da vida privada, o violador deverá ser compelido a indenizar o violado em decorrência deste ato ilícito, ou seja, de acordo com o preceito constitucional a única sanção pela violação de direito fundamental seria o pagamento de valor pecuniário, limitando-se, portanto, a uma tutela ressarcitória. Acontece, todavia, que a efetividade dos direitos à inti-

midade e à vida privada não pode ficar condicionada ao simples ressarcimento, pois deverá ser garantida uma tutela capaz de impedir o ilícito, assegurando o pleno exercício dos direitos.

Assim, considerando que os direitos à intimidade e à vida privada estão previstos na Constituição Federal de 1988, em seu Título II, capítulo I – “Dos Direitos e das Garantias Fundamentais” – em caso de ato ilícito que os ameace não se mostra suficiente o mero ressarcimento pecuniário do dano sofrido, sendo imprescindível, portanto, uma tutela capaz de prevenir que o dano ocorra ou se perpetue.

4.3. A Tutela inibitória na defesa do direito à intimidade e à vida privada

A ação inibitória é fundamental para a efetividade dos direitos não patrimoniais, aí incluídos os direitos da personalidade, dentre os quais se destaca os direitos à intimidade e à vida privada. Esses direitos dependem de obrigações continuadas de não fazer, não sendo passíveis, muitas vezes, de execução por meio das formas tradicionais de execução forçada (Marinoni, 2008). Nesses termos, a sentença condenatória se mostra ineficaz para garantir os “novos direitos”, haja vista que apenas abre a oportunidade para a execução por expropriação, não consistindo uma ordem em que o juiz possa determinar um não fazer ou um fazer visando à prevenção de um ilícito (Marinoni, 2008).

Dessa forma, os direitos à intimidade e à vida privada não podem ser adequadamente garantidos por uma espécie de tutela que atua apenas após a lesão ao direito, pois deverão ser assegurados por uma tutela capaz de salvaguardá-los antes da ocorrência do ilícito, garantindo a sua efetividade. Essa tutela é a inibitória, a qual detém condições de assegurar a efetividade dos direitos à intimidade e à vida privada em razão de seu caráter preventivo e específico.

Tem-se, assim, que a defesa dos direitos à intimidade e à vida privada em juízo deverá ser postulada pela tutela inibitória, a qual detém condições de assegurar a efetividade destes direitos, porquanto age antes da ocorrência do ilícito, não se limitando a simplesmente ressarcir o dano, mas a evitar que o ilícito aconteça, garantindo a efetividade dos direitos.

4.3.1 A defesa dos direitos à intimidade e à vida privada em juízo

Em caso de violação aos direitos à intimidade e à vida privada, faz-se necessário mover a tutela jurisdicional para assegurar a efetividade desses direitos, posto que o inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, prevê uma indenização pecuniária plena pela violação, tanto material quanto moral. Assim,

[...] quanto aos danos materiais, a reparação consiste em recomposição do patrimônio lesado, devolvendo-se ao interessado o respectivo equilíbrio, por via da ação ordinária de perdas e danos [...] Cabe ao juiz, à vista da prova efetivada, determinar a indenização devida, na exata medida do prejuízo arcado pelo lesado. Quanto aos danos morais, a reparação constitui compensação ao lesado pelo constrangimento negativo, dor, ou aflição, ou outro sentimento negativo decorrente do fato lesivo e como sua consequência inelutável, pois natural [...] (Bittar apud Fregadolli, 1998, p. 66).

A indenização pecuniária decorrente de ato ilícito ou dano, portanto, é a regra em nosso ordenamento jurídico e na jurisprudência em razão da mercantilização dos direitos, uma vez que é possível mensurar valor monetário para todos os direitos. Seguindo essa lógica, é admissível a expropriação dos direitos, transformando-os em direito à indenização, o que não pode ser concebido diante de direitos fundamentais, os quais deverão ser assegurados e efetivados plenamente, não sendo possível substituí-los por indenização pecuniária.

A tutela ressarcitória, então, mostra-se inadequada para dar efetividade aos “novos direitos”, porquanto o próprio surgimento de novas relações jurídicas, próprias à sociedade de massa, revela a fragilidade do sistema fundado na técnica ressarcitória.

A natureza não patrimonial dos “novos direitos” é incompatível com o simples ressarcimento. A tutela ressarcitória diz respeito ao patrimônio; não ao direito ao bem. Desta forma, a tutela ressarcitória, por definição, mostra-se incapaz de assegurar os “novos direitos” (Marinoni, 2008, p. 80).

Dessa forma, considerando-se apenas o preceito exposto no mencionado dispositivo constitucional a única medida a ser tomada diante de violação dos direitos à intimidade e à vida privada seria o mero ressarcimento pecuniário por meio de ação de conhecimento em que se postularia a indenização pelos danos sofridos. Acontece, porém, que a tutela ressarcitória não é a única medida passível diante da ocorrência de ilícito contra os referidos direitos, pois é possível mover ação inibitória, a qual é adequada para prevenir a ocorrência do ilícito ou de impedir a sua repetição, tornando-se, portanto, mais eficaz na garantia da efetividade dos direitos fundamentais.

Nessa senda, é por meio da tutela inibitória que se terá a efetividade dos direitos à intimidade e à vida privada, pois é uma tutela capaz de prevenir ou de impedir a repetição do ilícito, não se limitando a postular o ressarcimento pecuniário, mas a garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais.

4.3.2 A tutela inibitória como meio de efetivação dos direitos à intimidade e à vida privada

Os direitos à intimidade e à vida privada são direitos fundamentais, devendo ser garantidos por uma tutela capaz de dar efetividade, isto é, de assegurar o seu pleno exercício. Dessa forma, a tutela inibitória revela-se essencial para a efetividade dos direitos fundamentais, dentre os quais estão elencados os

direitos à intimidade e à vida privada, pois a tutela ressarcitória, como já visto, garante somente o ressarcimento pecuniário em caso de violação, o que não é sinônimo de efetividade dos direitos.

A tutela inibitória, como tutela preventiva e específica, é adequada para a proteção dos direitos à intimidade e à vida privada, haja vista que, além de poder prevenir o ilícito, atua de modo a garantir a atuação do interesse específico pelo qual se invoca a tutela, ao invés do ressarcimento pecuniário, com base no equivalente monetário (Marinoni, 2008).

Dessa forma, faz-se necessário asseverar que a tutela inibitória voltada para garantir a efetividade dos direitos à intimidade e à vida privada funda-se na própria Constituição Federal de 1988, haja vista que os incisos X e XXXV do seu artigo 5º estabelecem que são invioláveis os direitos à intimidade e à vida privada, bem como que a lei não excluirá a apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Nesse contexto, o prefalado dispositivo constitucional garante a todos uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, assegurando, então, a tutela jurisdicional inibitória. Ora, se a Constituição garante direitos é de sua natureza não serem violados, estando o legislador infraconstitucional obrigado a predispor uma tutela jurisdicional capaz de impedir a prática do ilícito (Marinoni; Arenhart, 2003).

Pode-se fundamentar a tutela inibitória, ademais, no próprio Código Civil, que prevê em seu artigo 12 que se pode exigir que cesse a ameaça ou lesão a direito da personalidade, ratificando a sobredita disposição constitucional. Registre-se, por oportuno, que, além do supracitado dispositivo legal e constitucional, é possível postular a tutela inibitória por meio do artigo 461 do Código de Processo Civil, porquanto a prevenção de um ilícito decorre da não observância de um dever. O referido artigo visa à efetividade da tutela dos direitos, dentre os quais estão localizados os direitos à intimidade e à vida privada.

O aludido dispositivo do Código de Processo Civil deve ser compreendido como a fonte normativo-processual da tutela inibitória, tornando viável a obtenção desta tutela por intermédio da propositura de uma única ação, sem que seja necessário pensar em ação cautelar e ação de execução (Marinoni, 2006). O artigo 461, então, possibilita ao indivíduo a oportunidade de obter a antecipação da tutela postulada, bem como a sentença e o meio de execução capaz de impedir a violação de direito. É esse, senão, o entendimento que se extrai da leitura do §3º e §5º do dispositivo legal, pois o primeiro deixa claro que tutela poderá ser antecipada e o segundo quebra o princípio da tipicidade das formas executivas, prevendo a possibilidade de o juiz determinar a medida executiva adequada ao caso concreto (Marinoni, 2006).

Dessa forma, é possível afirmar que há no ordenamento jurídico meios processuais capazes de construir procedimento visando à efetividade dos direitos, dentre os quais está a tutela inibitória. A tutela inibitória, por conseguinte, apresenta-se como tutela preventiva capaz de prevenir ilícitos contra os direitos à intimidade e à vida privada, tornando-se vital para a efetividade destes direitos, os quais, por serem fundamentais, necessitam de uma tutela que atue antes da violação ao direito.

Assim, aquele que teme violação aos direitos à intimidade e à vida privada deve ir ao Judiciário, utilizando-se de procedimento autônomo, por meio de processo de conhecimento, com técnica antecipatória, sentença e meios de execução capazes de efetivamente prestar a tutela inibitória aos direitos fundamentais. Nesses termos, “[...] o direito de acesso aos meios técnicos adequados à tutela inibitória é o direito de ação que garante a técnica processual capaz de prestá-la” (Marinoni, 2006, p. 91).

Destarte, pode-se afirmar que a tutela inibitória, como tutela preventiva, mostra-se essencial para a efetivação dos direitos à intimidade e à vida privada, pois atua de modo a garantir o direito específico, não se limitando a simplesmente ressarcir-lo pecuniariamente. Os citados direitos, além disso, são direitos

fundamentais, urgindo a necessidade de assegurá-los efetivamente, não somente ressarcindo pecuniariamente eventual violação, mas prevenindo que aconteça, o que somente é obtido por meio da tutela inibitória.

5. CONCLUSÃO

Este artigo demonstrou a evolução da tutela jurisdicional, a qual passou da autotutela para o monopólio estatal da jurisdição. Desse modo, em caso de ameaça ou de violação de direito, somente o Estado poderá impedir a ocorrência do ilícito por intermédio da jurisdição. Assim, sentiu-se a necessidade de uma ação autônoma capaz de impedir o ilícito, não se limitando ao mero ressarcimento pecuniário, inibindo verdadeiramente a sua ocorrência.

Demonstrou-se, ademais, que os direitos à intimidade e à vida privada são entendidos como direitos da personalidade, tratando-se, ainda, de direitos fundamentais. Não obstante, mostrou-se a diferença existente entre os referidos direitos, o que é importante para possibilitar a ampliação da área de proteção diante de eventual violação.

Nesse contexto, explanou-se que a tutela inibitória é a tutela adequada para a efetividade dos direitos, pois visa a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, não se limitando a postular o ressarcimento pecuniário da transgressão da norma. Assim, considerando-se que os direitos à intimidade e à vida privada se tratam de direitos fundamentais, não há razão para simplesmente ressarcir pecuniariamente eventuais violações a estes direitos se existe a possibilidade de impedir que as transgressões se efetivem.

Frise-se, por oportuno, que se tratando de direitos fundamentais há a necessidade de dar efetividade aos direitos à intimidade e à vida privada, a qual não é obtida mediante o ressarcimento pecuniário do ilícito, mas prevenindo que este aconteça mediante a tutela inibitória.

Dessa forma, é possível afirmar que a efetividade dos direitos à intimidade e à vida privada somente será obtida por meio da tutela inibitória, pois é capaz de atuar antes da ocorrência do ilícito ou visando a impedir a repetição ou continuação deste. Assim, os direitos à intimidade e à vida privada não poderão ser adequadamente assegurados somente com o ressarcimento de sua violação, uma vez que se estará possibilitando a violação mediante o pagamento de indenização, o que não se mostra satisfatório para a efetividade dos direitos.

Destarte, apresentou-se com este artigo que os direitos à intimidade e à vida privada somente terão efetividade mediante uma tutela preventiva, voltada para o futuro, em que não se postule indenização pela transgressão da norma, mas que se requeira impedir o ilícito, a sua continuação ou repetição, o que somente será obtido com a tutela inibitória, a qual está preocupada com a construção de um processo aderente ao direito material e à realidade social.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTR, 1997.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A idade média e o nascimento do Estado moderno*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

BRASIL. *Código Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

BRASIL. *Constituição da República*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009c.

DUARTE, Nestor. Dos direitos da personalidade. In: PELUSO, Cezar (Coord.) et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole. 2009. p. 27-43.

FARIAS, Edson 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, 1996.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Processo cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria geral do processo*. Barueri: Manole, 2002.

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

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Recebido em: 26/7/2012

Revisado em : 20/8/2012

Aprovado em: 13/11/2012