

O direito à privacidade: apontamentos sobre uma partícula da tradição normativa anglo-saxã (Warren e Brandeis)

Lucas Reckziegel WESCHENFELDER*

Luiz Gonzaga Silva ADOLFO**

Feitas as exceções devidas, não se lêem muito os clássicos no Brasil. Entre as exceções poderia eu citar até alguns escritores cuja opinião é diversa da minha neste ponto, mas que sabem perfeitamente os clássicos. Em geral, porém, não se lêem, o que é um mal. Escrever como Azurara ou Fernão Mendes seria hoje um anacronismo insuportável. Cada tempo tem seu estilo. Mas estudar-lhes as formas mais apuradas da linguagem, desentranhar deles mil riquezas, que à força de velhas se fazem novas – não me parece que se deva desprezar. Nem tudo tinham os antigos, nem tudo têm os modernos; com os haveres de uns e outros é que se enriquece o pecúlio comum.

– Machado de Assis***

RESUMO: Estuda-se o direito à privacidade, em seu nascedouro na atmosfera anglo-saxã. Pertinente o tema, pois, contemporaneamente, inúmeras leis e regulamentos estão sendo confabuladas, no sentido de proteger a pessoa, sua privacidade e dados pessoais, frente aos impactos da técnica. Conhecer, ainda que parcialmente, o *right to privacy*, e o que foi dito à época de sua “maturação”, apresenta-se benfazejo e, por isso, estuda-se algumas decisões e doutrinas, em conjunto com o texto de Warren e Brandeis. Conclui-se que o *right to privacy*, desde a sua “origem dogmática”, preocupava-se de maneira ampla com a pessoa e, excedendo a mera noção “majoritariamente” “liberal-patrimonial” e “individualista” de direito de personalidade daquele tempo.

PALAVRAS-CHAVE: Dogmática jurídica; *right to privacy*; tecnologia; Warren e Brandeis.

SUMÁRIO: Introdução; – 1. Privacidade e propriedade: conexões de um tempo; – 2. *The Right to Privacy*: sucintas colocações sobre o seu nascedouro em ordem anglo-saxã; – 3. Observações conclusivas; – Referências.

* Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2017), Pós-Graduação em andamento pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2020), Mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2018). Advogado.

** Possui mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2000); doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006); e pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2018). Tem experiência de vinte e nove (29) anos em ensino superior, com atuação e experiência docente em pesquisa, extensão, prática jurídica e pós-graduação (em nível de Especialização e Mestrado). Possui experiência em Coordenação de atividades educacionais em ensino superior. É Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil? ULBRA, Campus Gravataí. Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual – APDI, da Associação Brasileira de Direito Autoral – ABDA, e desde 2001 ininterruptamente da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RS), que presidiu na gestão 2010/2012. Consultor jurídico nas áreas dos Direitos Autorais e da proteção de dados pessoais. É Perito credenciado junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para ações de Propriedade Intelectual. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito da Propriedade Intelectual, Sociedade da Informação, Direitos Culturais, Direito Civil, Prática Jurídica Cível, e Teoria do Direito.

*** ASSIS, Machado de. *Instinto de nacionalidade & outros ensaios*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1999, p. 35.

TITLE: *The Right to Privacy: Notes on a Particle of the Anglo-Saxon Normative Tradition (Warren and Brandeis)*

ABSTRACT: *The right to privacy is studied, in its birthplace in the Anglo-Saxon atmosphere. The theme is pertinent, because, at the same time, laws and regulations are being elaborated, in order to protect the person, his privacy and personal data, in the face of the impacts of the technique. Knowing, even partially, the right to privacy, and what was said at the time of its “maturation”, is beneficial, and, therefore, some decision and doctrines are studied, together with the text by Warren and Brandeis. It is concluded that the right to privacy, since its “dogmatic origin”, was largely concerned with the person and, exceeding the mere “majority” “liberal-patrimonial” and “individualistic” notion of personality right of that time.*

KEYWORDS: *Legal dogmatics; right to privacy; technology; Warren and Brandeis.*

CONTENTS: *Introduction; – 1. Privacy and Property: Connections of a Time; – 2. The Right to Privacy: Short Relations About Your Origin In An Anglo-Saxan Order; – 3. Concluding Remarks; – Bibliography.*

Introdução

Mediante o presente trabalho, intenta-se articular algumas condições normativas vinculadas à doutrina jurídica da privacidade, em especial aquela “anglo-saxã”, em seu “nascido”. Pertinente se faz o tema, em momento que se encontra em polvorosa, não apenas no Brasil, mas em todo o ocidente e oriente, a promulgação e decretação de miríades de legislações e regulamentos, nacionais e internacionalizados, com o fito de “esquadrinhar” uma normatividade de garantia e promoção à pessoa, com o fortalecimento e eficácia de seus direitos humanos-fundamentais frente aos impactos da técnica, envolvendo-se o direito à “privacidade” e o direito à “proteção de dados pessoais”.

Não se pretenderá inventar a roda, mas apontar os elementos liberais-oitocentistas da “doutrina” do *right to privacy*, apresentando um sucinto quadro de seu desenvolvimento, e de seus eixos principais. Aliás, ratifica-se que, as asserções copiadas no texto não pretendem exaustão ou irretocabilidade, tampouco pretendem a estipulação de “verdades-realidades” imperativas. Há o propósito, sincero e limitado, de apresentar, a quem interessa, um ponto inicial de estudo ou, para aqueles já iniciados, a possibilidade de confirmar a sua compreensão ou, quiçá, aperfeiçoá-la, inclusive com a indicação de referências relevantes sobre o assunto.

Antepõe-se essa postura, justamente por saber-se da finitude hermenêutica imbuída em cada ser-aí-ente, ainda que, nesta finitude, encontre incorporada um grau de liberdade de leituras sobre o mundo, parametrizado pela intersubjetividade.

Na primeira etapa do texto, estuda-se os pressupostos da doutrina da privacidade, em seu viés clássico-liberal. Em um segundo momento, apresenta-se o exurgir do *right to privacy* anglo-saxão, com suas características “originárias” e ulterior “maturação”, colocando-se como ícone o texto de Warren e Brandeis. Com a terceira seção, indica-se algumas conclusões, extraídas do estudo posto na primeira e segunda partes do trabalho.

O método de abordagem empregado é o hermenêutico, partindo-se de premissas que se consubstanciam no “problema”. O método de procedimento, o monográfico, e a técnica de pesquisa, a bibliográfica.

1. Privacidade e propriedade: conexões de um tempo

Sabe-se que o tempo, enquanto ente imaterial criado pela humanidade, é sobremaneira influente no que se denomina de história. De acordo com o anteposto na introdução, pretende-se, nessa parte do trabalho, indicar algumas particularidades históricas quanto à doutrina anglo-saxã da privacidade. Então, para ter-se alguma indicação epistêmica sobre a dita finalidade, realiza-se o estudo, tendo-se como objeto as linguagens “jurídico-dogmáticas” que predominaram e resistiram, de alguma maneira, no “tempo e na história”, mediante violências simbólicas e materiais, além do que se pode chamar de “qualidades intelectuais” e de “convencimento”.

O conceito, o normativo, o sentido que resiste, ainda por mais no Direito, origina-se de compreensões predominantes, forçadas por “poderes”, e se expande por essa arbitrariedade. Adianta-se Koselleck: [...] “há que se pôr em dúvida a singularidade de um único tempo histórico, que há que se diferenciar do tempo natural mensurável. Pois, o tempo histórico, se é que o conceito tem um sentido próprio, está vinculado a unidades políticas e sociais de ação, a homens concretos que atuam e sofrem, a suas instituições e organizações”.¹ Em introdução ao livro *Futuro Passado*, do mesmo autor, encontra-se: “A combinação do espaço de experiências e do horizonte de expectativas de uma coletividade humana suscita a construção cultural de uma ideia específica de tempo [...]”.² E, com um olhar artístico, Proust bem escreve, que, concebendo as sucessivas distinções e convergências da vida, com os conceitos diferenciados e sua “multidão ininterrupta”, há a impressão da continuidade, a ilusão da unidade.³

¹ KOSELLECK, Reinhart. *Los extratos de tiempo. Estudios sobre la historia*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2001, p. 14.

² Koselleck, Reinhart. *Futuro pasado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006.

³ PROUST, Marcel. *No caminho de Swann. Em busca do tempo perdido*. São Paulo: Globo, 2006, p. 142.

Com isso em mãos, frisa-se: o sucinto estudo realiza-se por intermédio, e com a linguagem dogmática, sobre a matéria, que “prevaleceu”, mas não sendo adotada uma dimensão dogmatista – a dogmática transformada em dogmatismo (Warat). Ambiciona-se superar o “senso comum teórico”, para, com isso, lidar com a dogmática, nos termos propostos, de uma forma construtiva, expansionista da capacidade de “aderência” da realidade socrionormativa à sua gramática especializada. “É dizer: a condição dogmática estabelecendo uma fabulação da expansão racional do direito que só é admitida como tendência que marca uma primeira representação institucional do outro, o primeiro limite de meu poder frente ao outro” e, ainda, “trata-se, então, de uma confiança posta nas palavras da lei, como algo semântico que está fora de toda transmutação interpretativa [...]”⁴ – a interpretação como a arte de romper com a fantasia da plenitude semântica da lei jurídica.

Observa-se que, a privacidade, em seu teor moderno, orientado no ideário liberal, é criada enquanto direito de personalidade, e este, por sua vez, enquanto expressão do direito de propriedade, entendido e balizado, enquanto direito “subjetivo” – tais fatores dogmáticos não são, necessariamente, “conexos”, nessa ordem.

Na modernidade, a dogmática jurídica liberal encontra-se enraizada na construção Ockhamniana de direito subjetivo, que, a seu turno, orienta-se epistemologicamente por sua ideia de nominalismo. Villey, sobre isso, escreve que, a noção “originária-medieval-post-liberal” de direito subjetivo “aplica o selo, a rubrica do jurídico (a força normativa do *direito*), a uma faculdade do sujeito, a um de seus *poderes*”. O dogma de direito subjetivo, alocado no “direito de propriedade”, expressa-se, a saber, no poder de usar, desfrutar, e dispor da coisa, atribuído, juridicamente, ao proprietário. “Essa noção complexa resulta da associação de duas ideias, a de direito e a de poder”.⁵

Não ignorando as críticas realizadas por Villey, quanto ao equívoco de “romanistas modernos”, ao conectarem a noção de Direito, no ideário antigo de Roma, à de direito subjetivo liberal, e as críticas⁶ existentes contra os argumentos do próprio Villey, ao que aduz, a título de fundamentação à sua crítica direcionada aos romanistas modernos, de conectar a onda “individualista” liberal, ao “nominalismo” da idade média, é inegável que

⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 145.

⁵ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 253.

⁶ STIVAL, Loyola Monica. Sobre justiça e nominalismo. *Revista de Estudos dos Pós-graduandos em Filosofia Kínesis*, n. 19, dez. 2016, p. 115-124.

a postura da dogmática jurídica liberal alicerça-se com essa doutrina “Ockhamniana”. Eventual equívoco “epistemológico” não retira a validade das suas observações quanto conteúdo “prático” das consequências da adoção da noção de direito subjetivo na modernidade “oitocentista”. Isso pode ser visto, a saber, na concepção de direito subjetivo, amplamente difundida, a partir de Windscheid, com a sua teoria da vontade, e na tentativa de sistematizar, dogmaticamente, por exemplo, os institutos da prescrição e decadência, com base na noção “liberal” de direito subjetivo (o poder da vontade assegurado pelo direito objetivo).⁷⁻⁸

Imprescindível, ainda, citar o “motivo” histórico-jurídico, de se apelar para o “direito de propriedade” como “fonte” do “direito à privacidade”, esquecido e/ou remodelado às finalidades da era “liberal-burguesa”. Situa-se que, nos séculos XV, XVI e XVII e XVIII, a privacidade e a propriedade “exsurgiam” com outras vestes. A perseguição, a arbitrariedade, a espoliação sem *due process*, exercida pelo Estado ou por aqueles com “Poder”, era a regra. Bendich expõe que o processo civilizacional de conquista de direitos em esfera anglo-saxã, em um primeiro momento, foi realizado para a proteção contra a tirania e a opressão “individual”. As liberdades de consciência, de expressão, de imprensa, reunião, petição, e propriedade foram erigidas a direitos, como a privacidade, “[...] as a part of the ongoing struggle for the freedom and dignity of the individual, his right to determine his own destiny, to think and choose for himself, and to join in association with free and equal fellow citizens in shaping and working to reach common social and political ends”. A proteção à propriedade da pessoa, portanto, foi constituída como proteção à sua vida e dignidade, de não ser objeto de “intrusion, security of one’s person, house, papers, and effects from uninvited scrutiny, from unreasonable searches and seizures [...] that if the people were to be masters, they must not be treated as servants; that free men were independent men – not suppliants, and not beggars; but indeed rulers and choosers”.⁹

A normatividade do direito de propriedade não possuía, portanto, uma simples conotação “econômica” de “gozo”, de obtenção de “lucro” ou de “livre iniciativa”, mas de assistir na projeção material de direitos e liberdades “públicas” correlatos, contra o Estado e terceiros.¹⁰

⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 156.

⁸ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, jan./jun. 1961, p. 95-132.

⁹ BENDICH, M. Albert. Privacy, Poverty, and the Constitution. *California Law Review*, vol. 54, 1966, p. 407-442. p. 408-411.

¹⁰ Bendich alude ao *Star Chamber Decree* de 1586, que previa “that it shall be lawful ... to make search in all workhouses, shops, warehouses of printers, booksellers, bookbinders or where they shall have

Por óbvio que essas colocações são pautadas por observações gerais, e que não podem ser esmiuçadas no espaço desse texto, mas introduzem um ponto que acredita-se fulcral para se compreender, ainda que de maneira “insuficiente e parcial”, os centros comunicativos dogmáticos que influíram no amadurecimento e consolidação da linguagem dogmática referente ao “direito subjetivo” de _ (propriedade, de privacidade etc.), e as soluções ou decisões que foram, paulatinamente, persistindo no tempo, criando e recriando noções normativas no sistema do Direito, estabilizando-o na diferença.

2. *The Right to Privacy*: sucintas colocações sobre o seu nascedouro em ordem anglo-saxã

Passando-se estritamente para o tema do artigo, tem-se na dogmática liberal, antes de “aceita” a privacidade enquanto “direito subjetivo”, a luta “conceitual” de existência anterior, da “condição de possibilidade”, de “direitos subjetivos de personalidade”, e nessa formação liberal primeva, encontra-se o direito à privacidade enquanto extensão do direito de propriedade.

Veja-se, os direitos de personalidade não eram reconhecidos como o são na contemporaneidade, possuindo um forte normativo altamente vinculado às liberdades públicas e ao mote da igualdade em sistemas democráticos, mediante a asserção de direitos fundamentais-humanos e “infraconstitucionais” atinentes à pessoa (e ao seu livre desenvolvimento ou realização).¹¹ As noções liberais, de direito de personalidade, eram atadas, basicamente, às locuções “privatistas” e “individualistas” de direito subjetivo, que, em vezes, imprimiam como objeto desses direitos, elementos “externos ao titular”, originados das condições existenciais de um capitalismo e liberalismo então em “ascensão”.

O que estava por trás dessas idealizações era a doutrina do *ter* (direito subjetivo de propriedade em sentido largo, que divide, artificialmente, a realidade de “entes”, sujeito-

reasonable cause of suspicion”: “The books thus seized were to be inspected by ecclesiastical officers who were to decide whether they should be burnt. The Tudor censorship employed these powers ‘to suppress both Catholic and Puritan dissenting literature’”. Cita, também, a viabilidade de *writs of assistance* (general warrant pursuant to which the King’s agents could at their pleasure conduct exploratory searches of men’s homes for evidence of contraband), combatida por James Otis, em 1761 (BENDICH, M. Albert. Privacy, Poverty, and the Constitution. *California Law Review*, vol. 54, 1966, p. 409).

¹¹ ASCENSÃO, J. O. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 277-299, jan./dez.2008, p. 16.

objeto, para a criação de conceitos jurídico-normativos, tais como posse, propriedade, domínio, autonomia da vontade etc.), e não a um *ser* ou *modo de ser*.¹²

O sujeito-humano era considerado pessoa, “cidadão”, unicamente, se a lei o reconhecesse como tal (não era a realidade prática que “valia”, e, sim, o texto legislativo, o código, o regulamento – a criatura determinando o criador, consoante Aronne).¹³ Para ser reconhecido como pessoa e cidadão, e possuir seus direitos “essenciais” materialmente assegurados (e não apenas “formalmente”), era necessário para o sujeito *ter*, e a lógica dos direitos de personalidade, acatados nessa era, seguia essa mesma cartilha, prestigiando o “objeto” *ter*, e não a pessoa humana propriamente dita, enquanto *ser-ente*.

Não é à toa que teóricos do Direito, de viés marxista, como Pachukanis, Engels e Kautsky, acertam, em alguma medida, especialmente quando observada a matéria dos direitos de personalidade sob o viés “liberal”, ao atribuírem ao Direito o papel de ser o instrumento principal de dominação de classe sobre classe, indicando que “a bandeira religiosa tremulou pela última vez na Inglaterra no século XVII, e menos de 50 anos mais tarde aparecia na França, sem disfarces, a nova concepção de mundo, fadada a se tornar clássica para a burguesia, a concepção jurídica de mundo”.¹⁴

O direito de privacidade ou à privacidade, nesse sentido, passa a ser recebido, gradualmente, pela doutrina da personalidade-propriedade liberal, enquanto extensão do direito de propriedade, em uma “coerência” dogmática, resgatando-se, restritamente, o seu teor normativo de proteção à pessoa, sua honra, defesa contra a difamação e (colocado no final da primeira seção) e as suas manifestações “intelectuais”. Como resultado disso, há uma formação jurisprudencial muito longa, que ultrapassa os limites desse texto, não obstante sendo possível citar, como exemplo disso, o caso *Pope v. Curl* (1741), no qual um editor publicou, sem autorização, correspondências privadas entre os autores Alexander Pope e Jonathan Swift, dando o Poder Judiciário a razão à Pope, não

¹² GIAMPICCOLO, Giorgio. La tutela giuridica della persona umana e il c. d. diritto alla riservatezza. In: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 458. Disponível em: <<https://independent.academia.edu/LaBibliotecaGiuridica>>. Acesso em: 14 mai. 2021. “*Che pertanto, in una teoria del diritto soggettivo elaborata fondamentalmente sull'esperienza dei rapporti relativi alla prima categoria (la quale, se si escludono appunto le esigenze tipiche della personalità, abbraccia in fondo tutti indistintamente gli interessi patrimoniali e non patrimoniali riferibili all'individuo), l'oggetto del diritto abbia potuto configurarsi come un'entità estrinseca al soggetto, è agevole comprendere: finché l'interesse protetto si dirige ad una utilità esterna, qualunque concezione si abbia del diritto soggettivo, la separazione tra soggetto e bene diviene un postulato di logica comune, prima che formale [...]*”.

¹³ ARONNE, Ricardo. Propriedade intelectual e direitos reais: um primeiro retomar da obriedade. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 28, p. 192-227, jul./dez., 2007.

¹⁴ ENGELS, F. KAUTSKY, K. *O socialismo jurídico*. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 18.

pelo conteúdo publicado deter aspectos de “privacidade”, mas, sim, por Pope possuir direito de propriedade (*intangible property*) sobre o material constante nas cartas.¹⁵

Doneda, sobre esse período de edificação do direito à privacidade, repara em um certo elitismo inserido em seus alicerces, o que, por claro, mostra-se enquanto resultado “natural”, coerente com o pano de fundo (social) da normatividade dogmática que o erigia – pessoas proprietárias, “famosas”, com “proeminência social”, eram aquelas com “direitos subjetivos” previstos e concretizados, e que possuíam “acesso ao poder judiciário”, caráter liberal-individualista do direito legislado, da sociedade, do Estado, e do “estado da arte da hermenêutica jurídica” – conservando-se até a década de 60 e 70 do século XX.¹⁶

É curioso, no entanto, que, em texto de 1890, em estudo de Warren e Brandeis, *The Right to Privacy*, haja padrões normativos bem desenvolvidos – havendo, também, em algum grau, a locução da derivação do direito à privacidade, do direito à propriedade e, em alguns pormenores, da proteção contra a difamação – local que se pode observar critérios semelhantes aos utilizados em decisões do século XXI.

Antes de estudá-lo, não obstante, oportuno exibir o caso *Roberson v. Rochester Folding*, de 1902, que espelha uma decisão ainda pautada por uma “inexistência” do direito à privacidade, chancelada pela *Court of Appeals of the State of New York*. Esse caso, a propósito, mesmo que a autora tenha tido seu pleito julgado pela improcedência, propulsionou a feitura da primeira legislação sobre privacidade dos Estados Unidos, até hoje em vigor, nas seções 50 e 51 do *New York State Legislature*.¹⁷

No referido caso a autora alegou, e obteve confissão por uma das partes requeridas, Franklin Mills Co., de que ela, e a segunda requerida, Rochester Folding Box Co., haviam, sem o seu conhecimento ou autorização, realizado a manufatura e distribuição, para fins comerciais e publicitários, de 25 mil impressões litográficas constando a sua figura, representada em um retrato. A autora passou a ser reconhecida por amigos e conhecidos, nas exposições das impressões em vários locais públicos, e, em razão disso, “*she has been caused to suffer mental distress where others would have appreciated the compliment to their beauty implied in the selection of the picture for such purposes; but as it is*

¹⁵ Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord.php?id=commentary_uk_1741a>.

¹⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

¹⁷ Disponível em: <<https://www.nysenate.gov/legislation/laws/CVR/50>>; <<https://www.nysenate.gov/legislation/laws/CVR/51>>.

distasteful to her, she seeks the aid of the courts to enjoin a further circulation of the lithographic prints containing her portrait made as alleged in the complaint, and as an incident thereto, to reimburse her for the damages to her feelings, which the complaint fixes at the sum of \$15,000” (543).¹⁸ A Corte de Nova Iorque assim inicia a fundamentação:

There is no precedent for such an action to be found in the decisions of this court; indeed the learned judge who wrote the very able and interesting opinion in the Appellate Division said, while upon the threshold of the discussion of the question: "It may be said in the first place that the theory upon which this action is predicated is new, at least in instance if not in principle, and that few precedents can be found to sustain the claim made by the plaintiff, if indeed it can be said that there are any authoritative cases establishing her right to recover in this action." Nevertheless, that court reached the conclusion that plaintiff had a good cause of action against defendants, in that defendants had invaded what is called a "right of privacy" — in other words, the right to be let alone. Mention of such a right is not to be found in Blackstone, Kent or any other of the great commentators upon the law, nor so far as the learning of counsel or the courts in this case have been able to discover, does its existence seem to have been asserted prior to about the year 1890, when it was presented with attractiveness and no inconsiderable ability in the Harvard Law Review (Vol. IV, page 193) in an article entitled, "The Right of Privacy".

Como aludido supra, o julgamento foi pela improcedência da ação. Todavia, em voto dissidente, o Justice Gray mostra-se favorável aos pedidos da autora, recriando, em seu voto, os indícios dogmáticos comunicáveis que “iniciavam” a “a constituir” o “princípio à proteção da privacidade”, aliado e/ou extraído da proteção à propriedade:

[...] If the right of privacy exists and this complaint makes out a case of its substantial violation, I think that the award of equitable relief, by way of an injunction, preventing the continuance of its invasion by the defendants, will not depend upon the complainant's ability to prove substantial pecuniary damages and, if the court finds the defendants'

¹⁸ Disponível em: <<https://casetext.com/case/roberson-v-rochester-folding-box-co-1>>.

act to be without justification and for selfish gain and purposes, and to be of such a character, as is reasonably calculated to wound the feelings and to subject the plaintiff to the ridicule, or to the contempt of others, that her right to the preventive relief of equity will follow; without considering how far her sufferings may be measurable by a pecuniary standard. [...] The right of privacy, or the right of the individual to be let alone, is a personal right, which is not without judicial recognition. It is the complement of the right to the immunity of one's person. The individual has always been entitled to be protected in the exclusive use and enjoyment of that which is his own. The common law regarded his person and property as inviolate, and he has the absolute right to be let alone. (Cooley on Torts, p. 29.) The principle is fundamental and essential in organized society that every one, in exercising a personal right and in the use of his property, shall respect the rights and properties of others. He must so conduct himself, in the enjoyment of the rights and privileges which belong to him as a member of society, as that he shall prejudice no one in the possession and enjoyment of those which are exclusively his. When, as here, there is an alleged invasion of some personal right, or privilege, the absence of exact precedent and the fact that early commentators upon the common law have no discussion upon the subject are of no material importance in awarding equitable relief. That the exercise of the preventive power of a court of equity is demanded in a novel case, is not a fatal objection. (Niagara Falls Int. Bridge Co. v. Great Western Ry. Co., 39 Barb. 212; Sherman v. Skuse, 166 N.Y. 352; Hamilton v. Whitridge, 11 Md. 145.) In the social evolution, with the march of the arts and sciences and in the resultant effects upon organized society, it is quite intelligible that new conditions must arise in personal relations, which the rules of the common law, cast in the rigid mould of an earlier social status, were not designed to meet. [...]

O Justice Gray complementa, que:

Security of person is as necessary as the security of property; and for that complete personal security, which will result in the peaceful and wholesome enjoyment of one's privileges as a member of society, there should be afforded protection, not only against the scandalous portraiture and display of one's features and person, but against the

display and use thereof for another's commercial purposes or gain. The proposition is, to me, an inconceivable one that these defendants may, unauthorizably, use the likeness of this young woman upon their advertisement, as a method of attracting widespread public attention to their wares, and that she must submit to the mortifying notoriety, without right to invoke the exercise of the preventive power of a court of equity. [...] Property is not, necessarily, the thing itself, which is owned; it is the right of the owner in relation to it. The right to be protected in one's possession of a thing, or in one's privileges, belonging to him as an individual, or secured to him as a member of the commonwealth, is property, and as such entitled to the protection of the law. The protective power of equity is not exercised upon the tangible thing, but upon the right to enjoy it; and, so, it is called forth for the protection of the right to that which is one's exclusive possession, as a property right. It seems to me that the principle, which is applicable, is analogous to that upon which courts of equity have interfered to protect the right of privacy, in cases of private writings, or of other unpublished products of the mind. The writer, or the lecturer, has been protected in his right to a literary property in a letter, or a lecture, against its unauthorized publication; because it is property, to which the right of privacy attaches. (Woolsey v. Judd, 4 Duer, 399; Gee v. Pritchard, 2 Swanst. 402; Abernathy v. Hutchinson, 3 L.J. Ch. 209; Folsom v. Marsh, 2 Story, 100.) I think that this plaintiff has the same property in the right to be protected against the use of her face for defendant's commercial purposes, as she would have, if they were publishing her literary compositions. The right would be conceded, if she had sat for her photograph; but if her face, or her portraiture, has a value, the value is hers exclusively; until the use be granted away to the public.

Nesse julgamento, em especial no voto dissidente do Justice Gray, cita-se o texto de Warren e Brandeis, abaixo estudado, no entanto, omitindo a própria conclusão “doutrinária” dos autores, arquitetada na “derivação do direito à privacidade do direito à propriedade”, entretanto reestruturando-a a partir do princípio da “*inviolable personality*”.¹⁹

¹⁹ Coloca-se que os próprios autores, e seus familiares foram, na época, “vítimas” de um excesso de intervenção de jornais de *gossip*. Isso é relatado com pormenores no livro de MASON, Thomas Alpheus.

Essa asserção é corroborada, por exemplo, pelo primeiro parágrafo do clássico *The Right to Privacy*, de Warren e Brandeis, e com o que é dissertado durante a escrita do artigo:

That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection. Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the demands of society. Thus, in very early times, the law gave remedy only for physical interference with life and property, for trespasses vi et armis. Then the “right to life” served only to protect the subject from battery in its various forms; liberty meant freedom from actual restraint; and the right to property secured to the individual his lands and his cattle. Later, there came a recognition of man’s spiritual nature, of his feelings and his intellect. Gradually the scope of these legal rights broadened; and how the right to life has come to mean the right to enjoy life – right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term “property” has grown to comprise every form of possession – intangible, as well as tangible.²⁰

Faz-se menção a esse trabalho centenário, ultimamente proliferado em artigos, livros e falas, como um ponto de Arquimedes, “originário” do direito à privacidade, no entanto, não resguardando o seu contexto e a atribuição dogmática normativa que visava criar, e o passado que o respaldava. Em um momento posterior, os mesmos autores indicam: “*Similar to the expansion of the right to life was the growth of the legal conception of property. From corporeal property arose the incorporeal rights issuing out of it; and then there opened the wide realm of intangible property, in the products and processes of the mind as works of literature and art, goodwill, trade secrets, and trademarks*”.²¹

Com esses pressupostos histórico-legais, encontra-se como fundamento para esse novo “princípio da privacidade”, as “invenções modernas”, a “complexidade da vida”, os novos meios de se atingir “fins econômicos no comércio”, o decaimento dos padrões morais da

Brandeis – *A Free Man’s Life*. New York: Viking Press, 1946.

²⁰ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. 4, n. 5, dez., 1890, p. 193.

²¹ *Ibidem*, p. 195.

sociedade, e de decência e frivolidade dos jornais, como, também o alcance das notícias falsas ou *gossip*, se continuamente repetidas. “*The press is overstepping in every direction the obvious bounds of propriety and decency. Gossip is no longer the resource of the idle and of the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery*”.²² Nota-se uma preocupação “jurídica” com os novos instrumentos tecnológicos que estavam a se proliferar no fim do século XIX, e seus possíveis e já sentidos impactos aos direitos, um tanto semelhante com o que se vem apresentando contemporaneamente, após um hiato “regulatório”, ou um ambiente de “Woodstock eletrônico”, como aduz Dias Pereira, referente à internet, ciberespaço e “digitalização”.²³

Aliás, mostra-se a distinção normativa entre o clássico princípio de proteção contra a difamação, que não se preocupa, detidamente, com as “sensações” individuais da pessoa, mas com os efeitos do dano perpetrado em direção a reputação do indivíduo frente as suas “externas” relações com a comunidade na qual está inserido, diminuindo-o, prejudicando-o em níveis de estima, razoavelmente esperados de seus concidadãos.²⁴

No mesmo andar, os autores apresentam que os “sentimentos individuais”, detiveram, tradicionalmente, alguma proteção oriunda da noção comum de “propriedade”, quando esses “sentimentos individuais” manifestavam-se, por exemplo, em utilidade protegida pela lei de direitos autorais, ou, ainda, protegida face a um uso, ou potencial uso, de material obtido sem consentimento, e para fins econômicos-lucro. O “novo princípio da privacidade”, continuam, não possui, no entanto, uma normatividade estreita a esses parâmetros jurídicos liberais da *common law*, “[...] *in reality not the principle of private property, but that of an inviolate personality*”.²⁵ Além disso, extrai-se, do texto, outras observações relevantes, no tocante à proteção da privacidade que estava sendo construída na época: i) um aspecto centralizador no indivíduo, de este ter o controle, a opção, em escolher o que tornar público e o que tornar sigiloso, dos aspectos da sua vida e expressões de sua personalidade; ii) ser indiferente, para conseguir uma tutela satisfativa a esse direito, o meio utilizado para violá-lo, a finalidade para o qual seria ou potencialmente seria empregado, e, iii) não depender das supostas “qualidades do conteúdo” ou da “forma de sua exteriorização” para ser salvaguardado - [...] “*the decisions indicate a general right to privacy for thoughts, emotions, and sensations, these should receive the same protection, whether expressed in writing, or in conduct,*

²² Ibidem, p. 196.

²³ DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. O ciberespaço e o direito: breve reflexão. *Revista Fides*, n. 1, fev. 2020. P. 298.

²⁴ Ibidem, p. 197.

²⁵ Ibidem, p. 205-206.

in conversation, in attitudes, or in facial expression".²⁶ São constituídas, ainda, outras amostras observacionais, necessárias e capazes de orientar o direito de privacidade: i) a deliberada publicização de uma manifestação da "personalidade"; ii) o grau aferível da deliberada publicização; iii) a finalidade "razoavelmente observável" dessas condutas; iv) o esforço-trabalho envolvido; iv) o valor "de mercado" de eventual produto.

Depreende-se dos precedentes criadores de proteções a direitos, em contextos similares, estudados por Warren e Brandeis, julgados no período em que a "privacidade" e a "personalidade" estavam apresentando reivindicação normativa no século XIX, uma continuidade na fundamentação das decisões, tendo-se em conta o direito de propriedade, somado a uma ficção pautada na existência de implícitas cláusulas contratuais, ou, ainda, mediante a aplicação do princípio da confiança entre contratantes – *"So long as these circumstances happen to present a contract upon which such a term can be engrafted by the judicial mind, or to supply relations upon which a trust or confidence can be erected, there may be no objection to working out the desired protection through the doctrines of contract or of trust."*²⁷ Esses graus normativos, não obstante, passaram a ser inadequados, fitando-se os novos instrumentos de captação do "outro", eficazes e independentes de qualquer "participação" da pessoa-objeto, sendo, por isso, que *"the doctrines of contract and of trust are inadequate to support the required protection [...]"*, e, *"[...] the protection granted by the law must be placed upon a broader foundation"*.²⁸ Preconiza-se, aliás, um comportamento da *common law*, em relação ao processo de "aceitação" da boa-fé (1743), semelhante ao visto ao em construção quanto à privacidade na época (retirando-se do princípio do direito de propriedade, das cláusulas contratuais e da "trust", os seus elementos normativos).

Warren e Brandeis, sem embargo, notam que, os direitos protegidos, quando de violação estrita da "personalidade" da pessoa (segundo os critérios alocados acima), não podem ser direitos advindos de "contract" ou de "trust", mas, sim, *"but are rights against the world" [...] the principle which has been applied to protect these rights is in reality not the principle of private property [...] The principle which protects personal writings and any other productions of the intellect or of the emotions, is the right to privacy [...]*, concluindo, *"[...] if possessions of all sorts are protected not only against reproduction, but against description and enumeration, how much more should the acts and sayings of a man in his social and domestic relations be guarded from ruthless publicity"*.²⁹

²⁶ Ibidem, p. 206.

²⁷ Ibidem, p. 210.

²⁸ Ibidem, p. 211.

²⁹ Ibidem, p. 213-214.

De modo a estreimar o direito à privacidade, intenta-se em indicar aproximações normativas, ou contextos nos quais a sua proteção não seria aplicável, por haver outros parâmetros subjacentes e, em tese, preponderantes. I) o direito à privacidade não impede a publicação de matérias públicas (notórias ou relevantes socialmente) ou de interesse público: nesse quesito, Warren e Brandeis bem identificam que é improvável predizer todas as particularidades que o direito à privacidade garante, nessas situações, mas não impedindo a antecipação de algumas observações que podem ser consideradas, tais como o conteúdo eventualmente revelado, sobre a personalidade de uma pessoa pública, ou que sugeriu, de alguma maneira, estar deliberadamente perseguindo uma posição “pública” (seja política ou não). É o caso, a saber, de uma ausência de legítima relação, do conteúdo da personalidade da pessoa (verdadeiro ou não), ou do cometimento de atos, em privado, ou a existência de fatos privados, com a sua posição ou com aquela que almeja. I.a) a pessoa (pública ou não); I.b) o conteúdo (relevância pública ou não); iii.c) a relação legítima do conteúdo com a posição ou com aquela que a pessoa almeja.

II) Ainda, é de se avaliar, o contexto de eventual comunicação emanada pela pessoa, sobre determinado assunto político, por exemplo, ou atuação artística e/ou sobre alguma particularidade sobre sua pessoa mesma, onde o direito de privacidade, a depender, é “relativizado”. III) Independentemente do meio de propagação de um conteúdo protegido pelo direito de privacidade, se pela via “oral” ou “escrita”, muito embora sendo necessário visualizar o IV) o alcance provável, permitido pelo “instrumento” de propagação do conteúdo privado, e a correlação deste pormenor com o dano (ou possível dano) causado à pessoa (parâmetro jurídico oriundo do princípio à proteção contra a difamação).

V) O direito à privacidade “cessa” ao ser o conteúdo publicado pela pessoa, ou por terceiro com o seu consentimento: esse padrão advém da racionalidade do direito de propriedade “intelectual” – não obstante, no caso do direito à privacidade, torna-se necessário averiguar o contexto da “publicização”, o “conteúdo” e a “finalidade” da publicização (se restrita a uma pessoa, a um círculo de pessoas, a um grupo selecionado, sem qualquer intenção de se ter o “conteúdo” disponibilizado para terceiros, distinguindo-se daquelas situações sabidamente e/ou que razoavelmente se espera o contrário, a saber, em um concerto, em uma palestra aberta ao público em geral etc.).

VI) Despiciendo, para haver proteção à privacidade, uma análise quanto à verdade ou verossimilhança da matéria pessoal tornada “pública” em violação ao direito à

privacidade. VII) Conectando-se, o último ponto (VI), com a desnecessidade de se ater à “intenção” do sujeito que publicizou o conteúdo protegido pela privacidade – se existente malícia/intenção de “dano”, ou não. É irrelevante a aferição de “culpabilidade”. O desrespeito à privacidade seria visto de acordo com a doutrina das ofensas “*wrong to society*”, ministradas juridicamente àqueles atos previstos na categoria ampla de “*statutory offences*” – podendo-se, com enormes ressalvas, colocar-se como a infração “formal” ou, simplesmente, “objetiva”.³⁰

3. Observações conclusivas

De acordo com o objetivo desse texto, coloca-se algumas conclusões não exaustivas e parciais, extraídas do exposto nas duas primeiras seções.

Em 1890, Warren e Brandeis, patenteiam um arcabouço normativo em construção, com citação de casos do século XVIII e XIX, que de muito ultrapassam a mera locução, em vezes vista em algumas leituras, de ser o *right to privacy*, unicamente um amparo ou engodo, a uma interpretação reduzida sobre um suposto *right to be let alone*, locução esta empregada, na verdade, por Cooley (este, igualmente, não reduz, em seus comentários, o *right to privacy*, a uma proteção “limitada”), somada à ao direito “*not to be dragged to publicity*”.³¹

Observando-se a construção da comunicação dogmática discutida, tem-se uma “restruturação” do direito à privacidade, a partir do direito à propriedade, no entanto, sendo este “recuperado” enquanto direito de proteção à pessoa, em seus sentidos “clássicos”, e não, tão somente, “liberais”, de direito “subjetivo” de uso, gozo, fruição e disposição, em sentido largo. Ainda, mostra-se, com Warren e Brandeis, a extração de normatividade do direito contra a difamação e à produção “intelectual”, como fundamentos “análogos” para um “novo” direito de proteção à pessoa, em uma era que esta era descuidada, em detrimento de orientações jurídicas unicamente “patrimoniais”, acopladas e advindas de um estado da arte “liberal”, do Direito, do Estado e da Sociedade.

O “comportamento” estruturalista da dogmática jurídica é atestado, inclusive havendo essa mesma construção, no tocante ao “direito à privacidade” e ao “direito à proteção de dados pessoais”, com as contemporâneas legislações, decisões e discussões temáticas.

³⁰ Ibidem. 214-219.

³¹ COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independently of Contract*. Chicago: Callaghan & Company, 1906. p. 364.

Por fim, examinando-se os parâmetros-critérios normativos elaborados por Warren e Brandeis, indicados na parte final da segunda seção, é possível contemplar a sua rica adequação para com os tempos “tecnológicos” que já estavam sendo “sentidos” à época. Esses parâmetros-critérios, inclusive, são percebidos, de alguma forma, em recentes decisões, em sede nacional e internacional, sobre a “privacidade”, “liberdade de expressão” e o “online”.³²

Referências

ARONNE, Ricardo. Propriedade intelectual e direitos reais: um primeiro retomar da obriedade. *Revista do Direito, Santa Cruz do Sul*, n. 28, p. 192-227, jul./dez., 2007.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, jan./jun. 1961, p. 95-132.

ASCENSÃO, J. O. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 277-299, jan./dez.2008.

ASSIS, Machado de. *Instinto de nacionalidade & outros ensaios*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1999.

BENDICH, M. Albert. Privacy, Poverty, and the Constitution. *California Law Review*, vol. 54, 1966, p. 407-442. p. 408-411.

CASETEXT. *ROBERSON V. ROCHESTER FOLDING*. Disponível em: <<https://casetext.com/case/roberson-v-rochester-folding-box-co-1>>. Acesso em: 13. Mai. 2021.

COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independently of Contract*. Chicago: Callaghan & Company, 1906.

COPIRIGHTHISTORY. *POPE V. CURL*. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord.php?id=commentary_uk_1741a>. Acesso em: 10. Mai. 2021.

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

ENGELS, F. KAUTSKY, K. *O socialismo jurídico*. São Paulo: Boitempo, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2018.

GIAMPICCOLO, Giorgio. La tutela giuridica della persona umana e il c. d. diritto alla riservatezza. In: *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1958, p. 458. Disponível em: <<https://independent.academia.edu/LaBibliotecaGiuridica>>. Acesso em: 14 mai. 2021.

KOSELLECK, Reinhart. *Los extratos de tiempo. Estudios sobre la história*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2001.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006.

MASON, Thomas Alpheus. *Brandeis – A Free Man’s Life*. New York: Viking Press, 1946.

NYSENATE. Disponível em: <<https://www.nysenate.gov/legislation/laws/CVR/50>>.

NYSENATE. Disponível em: <<https://www.nysenate.gov/legislation/laws/CVR/51>>.

³² SUSI, Mart.; ALEXU, Robert. *Proporcionalidade e internet*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2020.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. O ciberespaço e o direito: breve reflexão. *Revista Fides*, n. 1, fev. 2020. P. 298-299.

PROUST, Marcel. *No caminho de Swann. Em busca do tempo perdido*. São Paulo: Globo, 2006.

STIVAL, Loyola Monica. Sobre justiça e nominalismo. *Revista de Estudos dos Pós-graduandos em Filosofia Kínesis*, n. 19, dez. 2016, p. 115-124.

SUSI, Mart.; ALEXY, Robert. *Proporcionalidade e internet*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2020.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 145.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. 4, n. 5, dez., 1890, p. 193.

Como citar:

WESCHENFELDER, Lucas Reckziegel; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. O direito à privacidade: apontamentos sobre uma partícula da tradição normativa anglo-saxã (Warren e Brandeis). **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-a-privacidade-apontamentos/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
9.6.2021