

O DIREITO À PRIVACIDADE

THE RIGHT TO PRIVACY

LOUIS D. BRANDEIS
SAMUEL D. WARREN

Tradução por:

MARIA CLARA DE SOUZA SEIXAS

Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bacharela em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS, Bahia). Advogada.
mariaclara@4s.adv.br

MARCUS SEIXAS SOUZA

Professor Adjunto da Faculdade Baiana de Direito (Salvador). Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogado.
marcus.seixas.souza@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Civil

SUMÁRIO: 1. O direito à privacidade não proíbe qualquer publicação de assunto que seja de interesse público ou geral. 2. O direito à privacidade não proíbe a comunicação de qualquer assunto, ainda que de natureza privada, quando a publicação seja feita em circunstâncias que a tornem uma comunicação privilegiada de acordo com as leis contra a difamação. 3. A lei provavelmente não concederia qualquer reparação pela invasão de privacidade por publicação oral na ausência de danos especiais. 4. O direito à privacidade cessa com a publicação dos fatos pelo indivíduo ou com o seu consentimento. 5. A veracidade da matéria publicada não oferece defesa. 6. A ausência de "malícia" no editor não oferece defesa.

"Isso só poderia ser feito com base em princípios de justiça privada, adequação moral e conveniência pública, que, quando aplicados a um novo assunto, criam o Direito sem o uso de precedentes; muito mais que quando aprovados pelo uso."

(WILLES, J., em *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2303, 2312)

Que o indivíduo deve ter plena proteção pessoal e patrimonial é um princípio tão antigo quanto a *common law*; mas tem sido considerado necessário, de tempos em tempos, definir novamente a natureza exata e a extensão de tal proteção¹. As mudanças políticas, sociais e econômicas implicam o reconhecimento de novos direitos, e a *common law*, em sua eterna juventude, cresce para atender às novas demandas da sociedade². Assim, em tempos muito antigos, a lei dava remédio apenas para interferência física na vida e na propriedade, por transgressões *vi et armis*. Naquele tempo, o “direito à vida” servia apenas para proteger o sujeito da agressão em suas várias formas; liberdade significava proteção contra a agressão; e o direito de propriedade assegurava ao indivíduo suas terras e seu gado. Mais tarde, veio o reconhecimento da natureza espiritual do homem, de seus sentimentos e de seu intelecto. Gradualmente, o escopo desses direitos legais se ampliou; e agora o direito à vida passou a significar o direito de gozar a vida – o direito

1. Texto originalmente publicado em: *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, dez. 1890. Para sua publicação na seção de Memória do Direito Civil da *Revista de Direito Civil Contemporâneo* foi preservado o estilo de referência a trabalhos acadêmicos utilizado nos Estados Unidos da América e empregado pelos autores. As notas de rodapé nesta tradução estão organizadas em um sistema numérico diferente do utilizado no texto original, conservando-se, todavia, a ordem sequencial das notas. Passagens e expressões em outros idiomas diferentes do inglês, como latim e francês, foram preservadas nos respectivos idiomas. Todos os itálicos utilizados na tradução também integram a versão original. Os tradutores assumem a responsabilidade por quaisquer erros de tradução.
2. Nota dos Editores (N.E.): No original, os autores Warren e Brandeis não eram apresentados aos leitores por seus títulos acadêmicos ou profissionais. Samuel Dennis Warren (1852-1910), também conhecido como Samuel Dennis Warren II, para diferenciá-lo de seu pai homônimo, nascido em Boston (Massachusetts, Estados Unidos da América), formou-se na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, como segundo melhor aluno da turma. Warren editou o periódico *Harvard Crimmonson*. E, juntamente com seu amigo e coautor deste artigo, Louis Brandeis, abriu uma firma de advocacia em Boston. Ele faleceu em 1910, após haver cometido suicídio, cuja causa mediata foi o desgaste em uma briga familiar pela administração dos recursos da família de Warren, que envolveu seus irmãos. Louis Brandeis (1856-1941), natural de Louisville, Kentucky (Estados Unidos da América), descendente de judeus da Boêmia (então parte do Império Austríaco), foi aluno da Universidade de Harvard, graduado com honras de melhor aluno, na mesma turma que seu amigo Warren. Foi designado em 1916 para a Suprema Corte dos Estados Unidos pelo presidente Woodrow Wilson. Ele tornou-se uma referência do pensamento liberal no Poder Judiciário, de onde se afastou apenas em 1939, por aposentadoria. O artigo que ora se apresenta ao público lusófono, pela primeira vez em tradução para o vernáculo, é considerado um dos mais importantes textos da História do Direito Constitucional e das liberdades comunicativas. A *Revista de Direito Civil Contemporâneo -RDCC* tem muito orgulho de publicá-lo no Brasil e de ampliar o conhecimento de acadêmicos e profissionais do Direito sobre esse artigo que é indispensável em qualquer tese ou ação envolvendo intimidade, privacidade e liberdade de expressão (Otavio Luiz Rodrigues Jr.).

de ser deixado em paz; o direito à liberdade assegura o exercício de amplos privilégios civis; e o termo “propriedade” cresceu para abranger todas as formas de domínio – tanto intangíveis quanto tangíveis.

Assim, com o reconhecimento do valor jurídico das sensações, a proteção contra lesões corporais efetivas foi estendida para proibir as meras tentativas de causar tais lesões; isto é, inculcar no outro o medo de tal dano³. Do conceito de lesão corporal, surgiu a noção de tentativa de lesão corporal. Muito mais tarde, veio uma proteção qualificada do indivíduo contra ruídos e odores ofensivos, contra poeira e fumaça e contra vibração excessiva. O direito dos incômodos foi desenvolvido⁴. Assim, a consideração pelas emoções humanas logo estendeu o escopo da imunidade pessoal para além do corpo do indivíduo. Sua reputação, a posição entre seus semelhantes, foi considerada, e surgiram as leis contra a difamação⁵. As relações familiares do homem tornaram-se parte da concepção legal de sua vida, e a alienação dos afetos de uma esposa foi considerada protegida pelo Direito⁶. Ocasionalmente, a lei parou, como em uma recusa em reconhecer a intrusão por sedução sobre a honra da família. Mas, mesmo aqui, as demandas da sociedade foram atendidas. Recorreu-se a uma ficção mesquinha, a ação *per quod servitium amisit*, e, ao permitir indenização por lesão aos sentimentos dos pais, passou a haver um remédio adequado a essa situação⁷. Semelhante à expansão do direito à vida foi o crescimento da concepção jurídica de propriedade. Da propriedade corpórea, surgiram os direitos incorpóreos que dela decorrem; e então se abriu o amplo domínio da

3. Year Book, Lib. Ass., folio 99, pl. 60 (1348 ou 1349), parece ser o primeiro caso reportado em que danos foram indenizados em decorrência de uma tentativa de lesão corporal.
4. Esses incômodos são tecnicamente danos à propriedade; mas o reconhecimento do direito a ter a sua propriedade livre de interferência por esses incômodos envolve também o reconhecimento do valor das sensações humanas.
5. Year Book, Lib. Ass., folio 177, pl. 19 (1356), (2 Finl. *Reeves Eng. Law*, 395) parece ser o primeiro caso de uma ação por difamação.
6. *Winsmore v. Greenbank*, Willes, 577 (1745).
7. Perda de serviço é a essência da ação; mas foi dito que “não temos conhecimento de nenhum caso relatado movido por um pai em que o valor de tais serviços foi considerado a medida dos danos”. *Cassoday, K.*, em *Lavery v. Crooke*, 52 Wis. 612, 623 (1881). Primeiro foi inventada a ficção do serviço construtivo; *Martin v. Paine*, 9 John. 387 (1812). Depois os sentimentos do pai, a desonra para si e sua família, foram aceitos como o elemento mais importante do dano. *Bedford v. McKowl*, 3 Esp. 1992 (1800); *Andrews v. Askey*, 8 C. & P. 7 (1837); *Philips v. Hoyle*, 4 Gray, 568 (1855); *Phelin v. Kenderline*, 20 Pa. St. 354 (1853). A concessão desses danos parece ser um reconhecimento de que a invasão da honra da família é um dano à pessoa dos pais, pois normalmente a mera lesão aos sentimentos dos pais não é um elemento de dano, por exemplo, o sofrimento dos pais em caso de dano físico à criança. *Flemington v. Smithers*, 2 C. & P. 292 (1827); *Black v. Carrolton R.R. Co.*, 10 La. Ann. 33 (1855); *Covington Street Ry. Col. v. Packer*, 9 Bush (1872).

propriedade intangível nos produtos e processos da mente⁸, como obras de literatura e arte⁹, *goodwill*¹⁰, segredos comerciais e marcas registradas¹¹.

Este desenvolvimento do Direito era inevitável. A intensa vida intelectual e emocional e o aumento das sensações que vieram com o avanço da civilização deixaram claro para os homens que apenas uma parte da dor, do prazer e do proveito da vida estava nas coisas físicas. Pensamentos, emoções e sensações exigiam reconhecimento jurídico, e a bela capacidade de crescimento que caracteriza o *common law* permitia aos juízes a proteção necessária, sem a interposição do legislador.

Invenções recentes e métodos de negócios chamam a atenção para o próximo passo que deve ser dado para a proteção da pessoa e para assegurar ao indivíduo o que o Juiz Cooley chama de direito de “ser deixado em paz”¹². Fotografias instantâneas e empreendimentos jornalísticos invadiram os recintos sagrados da vida privada e doméstica; e numerosos dispositivos mecânicos ameaçam cumprir a previsão de que “o que é sussurrado no armário será proclamado dos telhados”. Durante anos, tem havido um sentimento de que a lei deve fornecer algum remédio para a circulação não autorizada de retratos de pessoas privadas¹³; e o mal da invasão de privacidade pelos jornais, há muito sentido, foi discutido recentemente por um escritor competente¹⁴. Os supostos fatos de um caso um tanto notório levado a um tribunal inferior em Nova York há alguns meses¹⁵

8. “A noção do juiz Yates de que nada há na propriedade que não possa ser recuperada da posse ilícita alheia pode ser verdadeira em um estágio inicial da sociedade, quando a propriedade está em sua forma simples, e os remédios para violação dela também são simples, mas não é verdade em um estado mais civilizado, quando as relações da vida e os interesses dela decorrentes são complicados.” (Erle, J., em *Jefferys v. Boosey*, 4 H.L.C. 815, 869 (1854).)
9. Os direitos autorais parecem ter sido reconhecidos pela primeira vez como uma espécie de propriedade privada na Inglaterra em 1558. *Drone on Copyright*, 54, 61.
10. *Gibblett v. Read*, 9 Mod. 459 (1743), é provavelmente o primeiro reconhecimento do *goodwill* como propriedade.
11. *Hogg v. Kirby*, 8 Ves. 215 (1803). Ainda, em 1742, Lord Hardwicke recusou-se a tratar uma marca como propriedade por infração sobre a qual uma ordem judicial de fazer ou não fazer poderia ser concedida. *Blanchard v. Hill*, 2 Atk. 484.
12. *Cooley on Torts*, 2. ed., p. 29.
13. 8 Amer. Law Reg. N. S. 1 (1869); 12 Wash. Law Rep. 353 (1884); 24 Sol. J. & Rep. 4 (1879).
14. *Scribner’s Magazine*, July 1890. “The Rights of the Citizen: To his Reputation, by E. L. Godkin, Esq., pp. 65, 67.
15. *Marian Manola v. Stevens & Myers*, Suprema Corte de Nova York, *New York Times* de 15, 18 e 21 de junho de 1890. Lá, a reclamante alegou que, enquanto ela tocava na Broadway Theatre, em um papel que exigia que ela aparecesse de meia-calça, ela foi, por meio de um *flash*, fotografada sub-repticiamente e sem seu consentimento, de uma das caixas pelo réu Stevens, gerente da empresa *Castle in the Air*, e o réu Myers, um fotógrafo, e rezou para que o os réus pudessem ser

envolviam diretamente a consideração do direito de circulação de retratos; e a questão de saber se nossa lei reconhecerá e protegerá o direito à privacidade neste e em outros aspectos deve em breve ser levada à consideração dos tribunais.

Da desejabilidade – em verdade da necessidade – de tal proteção, acredita-se, não pode haver dúvida. A imprensa está ultrapassando em todas as direções os limites óbvios do decoro e da decência. A fofoca não é mais o recurso dos ociosos e dos viciosos, mas tornou-se um comércio, que é praticado com diligência e descaramento. Para satisfazer um gosto lascivo, os detalhes das relações sexuais são divulgados nas colunas dos jornais diários. Para ocupar os indolentes, coluna após coluna está cheia de fofocas supérfluas, que só podem ser obtidas por intrusão no círculo doméstico. A intensidade e a complexidade da vida, decorrentes do avanço da civilização, tornaram necessário algum afastamento do mundo, e o ser humano, sob a influência refinadora da cultura, tornou-se mais sensível à publicidade, de modo que a solidão e a privacidade se tornaram mais essenciais ao indivíduo; mas o empreendimento e a invenção modernos, por meio de invasões à sua privacidade, o submetem a dores e angústias mentais, muito maiores do que poderiam ser infligidas por mera lesão corporal. Tampouco o dano causado por tais invasões se limita ao sofrimento daqueles que podem ser objetos de empreendimentos jornalísticos ou outros. Neste, como em outros ramos do comércio, a oferta cria a demanda. Cada safra de fofoca indecorosa, assim colhida, torna-se a semente de mais e, na proporção direta de sua circulação, resulta no rebaixamento dos padrões sociais e da moralidade. Mesmo a fofoca aparentemente inofensiva, quando ampla e persistentemente divulgada, é potente para o mal. Ela menospreza e perverte. Ela minora, invertendo a importância relativa das coisas, diminuindo assim os pensamentos e as aspirações de um povo. Quando a fofoca pessoal atinge a dignidade de impresso e lota o espaço disponível para assuntos de real interesse da comunidade, não é de se admirar que os iletrados e imprudentes confundam sua importância relativa. De fácil compreensão, apelando para aquele lado fraco da natureza humana que nunca é totalmente abatido pelos infortúnios e fragilidades de nossos vizinhos, ninguém pode se surpreender que ele usurpe o lugar de interesse em cérebros capazes de outras coisas. A trivialidade destrói ao mesmo tempo a robustez do pensamento e a delicadeza do sentimento. Nenhum entusiasmo pode florescer, nenhum impulso generoso pode sobreviver sob sua influência destruidora.

É nosso propósito considerar se o Direito existente oferece um princípio que pode ser invocado adequadamente para proteger a privacidade do indivíduo; e, em caso afirmativo, qual é a natureza e extensão dessa proteção.

impedidos de fazer uso da fotografia tirada. Uma liminar foi emitida *ex parte*, e foi estabelecido um prazo para discussão da moção de que a liminar deveria se tornar permanente, mas ninguém então se opôs.

Pela natureza dos instrumentos pelos quais a privacidade é invadida, o dano infligido guarda uma semelhança superficial com os males tratados pela difamação, enquanto um remédio legal para tal dano parece envolver o tratamento de meros sentimentos feridos como causa de pedir substantiva. O princípio sobre o qual se baseiam as leis contra a difamação abrange, no entanto, uma classe de efeitos radicalmente diferente daquelas para as quais agora se pede atenção. Trata apenas do dano à reputação, do dano causado ao indivíduo em suas relações externas à comunidade, rebaixando-o na estima de seus semelhantes. A matéria publicada sobre ele, por mais amplamente divulgada e inadequada à publicidade, deve, para ser acionável, ter uma tendência direta a prejudicá-lo em suas relações com os outros e mesmo, que por escrito ou impresso, deve sujeitá-lo ao ódio, ao ridículo ou ao desprezo de seus semelhantes – não formando o efeito da publicação sobre sua avaliação de si mesmo e sobre seus próprios sentimentos um elemento essencial na causa de pedir. Em suma, os atos ilícitos e os direitos correlatos reconhecidos pelas leis contra a difamação são em sua natureza material e não espiritual. Esse ramo da lei simplesmente estende a proteção em torno da propriedade física a algumas das condições necessárias ou úteis para a prosperidade mundana. Por outro lado, nosso Direito não reconhece nenhum princípio sobre o qual compensação possa ser concedida por mera lesão aos sentimentos. Por mais dolorosos que sejam os efeitos mentais de um ato sobre outra pessoa, embora puramente devassos ou mesmo maliciosos, ainda assim, se o ato em si for lícito, o sofrimento infligido será *damnum absque injuria*. A lesão dos sentimentos pode, de fato, ser levada em consideração na determinação do valor da indenização ao atender o que é reconhecido como uma lesão legal¹⁶; mas nosso sistema,

16. Embora o valor legal dos “sentimentos” seja agora geralmente reconhecido, foram feitas distinções entre as várias classes de casos em que a compensação pode ou não ser recuperada. Assim, o susto ocasionado por uma agressão constitui causa de pedir, mas o susto ocasionado por negligência não. Portanto, o susto associado à lesão corporal não pode ser invocado como um elemento de danos, mesmo quando existe uma causa válida de pedir, como em transgressão *quare clausum fregit*. *Wyman v. Leavitt*, 71 mim. 227; *Canning v. Williamstown*, 1 Cush. 451. A concessão de indenização por danos aos sentimentos dos pais, em caso de sedução, rapto de uma criança (*Stowe v. Heywood*, 7 All. 188) ou remoção do cadáver de uma criança de um cemitério (*Meagher v. Driscoll*, 99 Mass. 281) são consideradas exceções a uma regra geral. Por outro lado, a ofensa aos sentimentos é um elemento reconhecido de danos em ações de calúnia e difamação e de acusação maliciosa. Essas distinções entre os casos em que a lesão aos sentimentos faz e onde não constitui causa de pedir ou elemento jurídico de danos não são lógicas, mas, sem dúvida, servem bem como regras práticas. Acredita-se que, posteriormente ao exame das autoridades, será descoberto que sempre que sofrimento mental substancial for o resultado natural e provável do ato haverá compensação por danos aos sentimentos; e onde nenhum sofrimento mental normalmente resultasse, ou se resultante, seria naturalmente insignificante e, sendo desacompanhado de sinais visíveis de lesão, permitiria um amplo escopo para males imaginativos, os danos não foram permitidos. As decisões sobre este assunto ilustram bem a sujeição em nossa lei da lógica ao senso comum.

ao contrário do Direito Romano, não oferece remédio nem mesmo para o sofrimento mental que resulta de mera injúria e insulto, de uma violação intencional e injustificada da “honra” de outrem¹⁷.

Não é, porém, necessário, para sustentar a opinião de que o *common law* reconhece e mantém um princípio aplicável aos casos de invasão de privacidade, invocar a analogia, que não passa de superficial, aos danos sofridos, seja por atentado à reputação ou pelo que os civis chamavam de violação da honra, pois as doutrinas jurídicas relativas às infrações do que é comumente chamado de direito de propriedade intelectual e artística do *common law* são, acredita-se, apenas instâncias e aplicações de um direito geral à privacidade que, devidamente entendido, oferece um remédio para os males em consideração.

O *common law* assegura a cada indivíduo o direito de determinar, ordinariamente, em que medida seus pensamentos, seus sentimentos e suas emoções devem ser comunicados a outrem¹⁸. Sob nosso sistema de governo, ele nunca pode ser obrigado a expressá-las (exceto quando estiver no banco das testemunhas); e mesmo que tenha optado por dar-lhes expressão, geralmente, mantém o poder de fixar os limites da publicidade que lhes será dada. A existência deste direito independe do método particular de expressão adotado. É irrelevante se por palavra¹⁹ ou por sinais²⁰, na pintura²¹, na escultura ou na música²². Nem a existência do direito depende da natureza ou do valor do pensamento ou das emoções, nem da excelência dos meios de expressão²³. Semelhante proteção

-
17. “Injúria, no sentido mais estrito, é toda violação intencional e ilegal da honra, ou seja, toda a personalidade de outrem.” “Agora, um ultraje é cometido não apenas quando um homem deve ser atingido com o punho, digamos, ou com um porrete, ou mesmo açoitado, mas também se uma linguagem abusiva foi usada para alguém.” (Malinowski, *Roman Law*, p. 668 and p. 669, n. 2.)
 18. “É certo que todo homem tem o direito de manter seus próprios sentimentos, se quiser. Ele certamente tem o direito de julgar se os tornará públicos ou se os comunicará apenas à vista de seus amigos.” (Yates, J., em *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2303, 2379 (1769).)
 19. *Nicols v. Pitman*, 26 Ch. D. 374 (1884).
 20. *Lee v. Simpsom*, 3 C. B. 871, 881; *Daly v. Palmer*, 6 Blatchf. 256.
 21. *Turner v. Robinson*, 3 C. B. 871, 881; S. C. ib. 510.
 22. *Drone on Copyright*, 102.
 23. “Assumindo que o Direito seja assim, qual é o seu fundamento a esse respeito? Não é, eu concebo, referente a qualquer consideração peculiarmente literária. Aqueles com quem nosso *common law* se originou provavelmente não tem entre seus muitos méritos o de serem patronos das letras, mas eles conheciam o dever e a necessidade de proteger a propriedade e, com esse objetivo geral, estabeleceram regras previsivelmente expansivas – regras capazes de se adaptar às várias formas e modos de propriedade que a paz e o cultivo poderiam descobrir e introduzir.
“O produto do trabalho mental, pensamentos e sentimentos, registrados e preservados pela escrita, tornaram-se, à medida que o conhecimento avançava e se espalhava, e a cultura do

é concedida a uma carta casual ou a uma anotação em um diário e ao poema ou ensaio mais valioso, a uma falha ou mancha e a uma obra-prima. Em todos esses casos, o indivíduo tem o direito de decidir se o que é seu deve ser dado ao público²⁴. Nenhum outro indivíduo tem o direito de publicar suas produções de qualquer forma, sem o seu consentimento. Este direito é totalmente independente do material em que o pensamento, o sentimento ou as emoções são expressos. Pode existir independentemente de qualquer ser corpóreo, como em palavras ditas, em uma canção cantada, em um drama representado, ou, se expresso em qualquer material, como em um poema por escrito, o autor pode ter se desfeito do papel, sem perder nenhum direito de propriedade sobre a própria composição. O direito só se perde quando o próprio autor comunica sua produção ao público, ou seja, publica-a²⁵. É totalmente independente dos direitos autorais e sua extensão ao domínio da arte. O objetivo daquelas leis é garantir ao autor, compositor ou artista a totalidade dos lucros decorrentes da publicação; mas a proteção do *common law* lhe permite controlar absolutamente o ato de publicação e, no exercício de seu próprio arbítrio, decidir se deve haver alguma publicação²⁶. O direito estatutário não tem valor, *a menos que* haja publicação; o direito do *common law* é perdido *tão logo* haja uma publicação.

Qual é a natureza, a base, deste direito de impedir a publicação de manuscritos ou obras de arte? Afirma-se que é a execução de um direito de propriedade²⁷; e não há

entendimento do homem avançava, um tipo de propriedade impossível de desconsiderar, e a interferência da legislação moderna sobre o assunto, pelo estado. 8 Anne, professando por seu título ser 'Para o encorajamento do aprendizado', e usando as palavras 'tomou a liberdade', no preâmbulo, se operou no aumento ou diminuição dos direitos privados dos autores, tendo-os deixado até certo ponto intocados, descobriu-se que o *common law*, ao prever a proteção da propriedade, previa sua segurança, pelo menos antes da publicação geral com o consentimento do escritor." (Knight Bruce, VC, em Príncipe Albert v. Strange, 2 DeGex & Sm. 652, 695 (1849).)

24. "A questão, entretanto, não gira em torno da forma ou quantidade de dano ou vantagem, perda ou ganho. O autor dos manuscritos, seja ele famoso ou obscuro, baixo ou alto, tem o direito de dizer deles, se inocente, que sejam interessantes ou enfadonhos, leves ou pesados, vendáveis ou não, eles não devem, sem o seu consentimento, ser publicados". (Knight Bruce, VC, em Príncipe Albert v. Strange, 2 DeGex & Sm. 652, 694.)
25. Duque de Queensbury v. Shebbeare, 2 Eden, 329 (1758); Bartlett v. Crittenden, 5 McLean, 32, 41 (1849).
26. Drone on Copyright, p. 102, 104; Parton v. Prang, 3 Clifford, 537, 548 (1872); Jefferys v. Boosey, 4 H. L. C. 815, 867, 962 (1854).
27. "A questão será se o projeto de lei declarou fatos dos quais o tribunal pode tomar conhecimento, como um caso de propriedade civil, que é obrigado a proteger. A ordem judicial de fazer ou não fazer não pode ser mantida com base em nenhum princípio desse tipo, de que se uma carta tiver escrito no caminho da amizade, a continuação ou a interrupção da amizade constitui uma razão para a interferência do tribunal." (Lord Eldon em Gee v. Pritchard, 2 Swanst. 402, 413 (1818).)

dificuldade em aceitar essa visão desde que tenhamos apenas que lidar com a reprodução de composições literárias e artísticas. Eles certamente possuem muitos dos atributos da propriedade ordinária; são transferíveis; eles têm um valor; e a publicação ou a reprodução é um uso pelo qual esse valor é realizado. Todavia, quando o valor da produção se encontra não no direito de obter os lucros decorrentes da publicação, mas na tranquilidade ou no alívio proporcionado pela capacidade de impedir qualquer publicação, é difícil considerar o direito como um direito de propriedade, na acepção comum desse termo. Um homem registra em uma carta ao filho, ou em seu diário, que não jantou com sua esposa em determinado dia. Ninguém em cujas mãos caíam esses papéis poderia publicá-los ao mundo, mesmo que a posse dos documentos tivesse sido obtida legitimamente; e a proibição não se limitaria à publicação de uma cópia da própria carta, ou do diário; a restrição se estende também à publicação do conteúdo. Qual é a coisa que está protegida? Certamente, não o ato intelectual de registrar o fato de que o marido não jantou com sua esposa, mas o fato em si. Não é o produto intelectual, mas a ocorrência doméstica. Um homem escreve uma dúzia de cartas para pessoas diferentes. Nenhuma pessoa seria autorizada a publicar uma lista das cartas escritas. Se as cartas ou o conteúdo do diário foram protegidos como composições literárias, o escopo da proteção concedida deve ser o mesmo garantido a um escrito publicado sob a lei de direitos autorais. Contudo, a lei de direitos autorais não impediria uma enumeração das cartas ou a publicação de alguns dos fatos nelas contidos. Os direitos autorais sobre uma série de pinturas ou gravuras impediriam a reprodução das pinturas como imagens; porém, não obstaculizaria uma publicação da lista ou mesmo de uma descrição delas²⁸. No entanto, no famoso caso *Príncipe Albert v. Strange*, o tribunal considerou que a regra do

“Sobre o princípio, portanto, de proteger a propriedade, é que o common law, em casos não auxiliados ou prejudicados por lei, protege a privacidade e a reclusão de pensamentos e sentimentos cometidos por escrito, e desejados pelo autor para permanecerem desconhecidos.” (*Knight Bruce, VC*, em *Príncipe Albert v. Strange*, 2 DeGex & Sm. 652, 695.)

Admitindo-se que razões de conveniência e ordem pública nunca podem ser a única base da jurisdição civil, a questão, se por qualquer motivo o autor pode ter direito ao alívio que ele reivindica, permanece para ser respondida; e parece-nos que há apenas um fundamento sobre o qual seu título de reivindicação e nossa jurisdição para conceder o alívio podem ser colocados. Devemos estar convencidos de que a publicação de cartas particulares, sem o consentimento do autor, é uma invasão de um direito exclusivo de propriedade que permanece no autor, mesmo quando as cartas foram enviadas e ainda estão em posse de seu correspondente.” (*Duer, J.*, em *Woolsey v. Judd*, 4 Duer, 379, 384 (1855).)

28. “Uma obra legalmente publicada, no sentido popular do termo, situa-se, a esse respeito, diferentemente de uma obra que nunca esteve nessa situação. A primeira pode ser traduzida, abreviada, analisada, exibida em pedaços, elogiado e tratado de outra forma, de uma maneira que o último não é.

common law proibia não apenas a reprodução das gravuras que o demandante e a rainha Vitória haviam feito para seu próprio prazer, mas também “a publicação (pelo menos por impressão ou escrita), embora não por cópia ou semelhança, uma descrição deles, mais ou menos limitada ou resumida, seja na forma de catálogo ou de outra forma”²⁹.

“Suponha, no entanto, – em vez de uma tradução, um resumo ou uma crítica, – o caso de um catálogo, – suponha que um homem tenha composto uma variedade de obras literárias (‘inocentes’, para usar a expressão de Lord Eldon), que nunca imprimiu ou publicou, ou perdeu o direito de proibir a publicação, – suponha-se um conhecimento deles obtido indevidamente por alguma pessoa sem escrúpulos, que imprime com vista à circulação um catálogo descritivo, ou mesmo uma mera lista dos manuscritos, sem autoridade ou consentimento, a lei permite isso? Espero e acredito que não. Os mesmos princípios que impedem a pirataria mais sincera devem, imagino, governar tal caso também.

“Pela publicação de um homem que ele escreveu para pessoas específicas, ou sobre assuntos específicos, ele pode ser exposto, não apenas ao sarcasmo, ele pode ser arruinado. Pode haver em sua posse cartas devolvidas que ele escreveu a ex-correspondentes, com quem ter tido relações, por mais inofensivas que sejam, pode não ser uma recomendação na vida após a morte; ou suas palavras podem ser de outro tipo que não condizem com seus hábitos externos e posição mundana. da literatura, é perigoso, embora às vezes se escape do perigo.

“Novamente, os manuscritos podem ser de um homem cujo nome apenas uma mera lista seria motivo de curiosidade geral. Quantas pessoas poderiam ser mencionadas, um catálogo de cujos escritos inéditos, durante suas vidas ou depois, comandaria uma pronta venda!” (Knight Bruce, VC, em *Príncipe Albert v. Strange*, 2 DeGex & Sm. 652, 693.)

29. “Uma cópia ou impressão das gravuras seria apenas um meio de comunicar conhecimento e informação do original, e não uma lista e descrição dele? Os meios são diferentes, mas o objeto e o efeito são semelhantes; pois em ambos, o objetivo e efeito é dar a conhecer ao público mais ou menos a obra inédita e a composição do autor, que ele tem o direito de manter totalmente para seu uso e prazer privados, e reter totalmente, ou tanto quanto ele queira, do conhecimento de outros. Casos sobre abreviações, traduções, extratos e críticas de trabalhos publicados não têm nenhuma referência à presente questão; todos eles dependem da extensão do direito sob os atos que respeitam direitos autorais e não têm analogia com o exclusivo direito do autor de composições inéditas que dependem inteiramente do direito de propriedade.” (Lord Cottenham em *Príncipe Albert v. Strange*, 1 McN. & G 23, 43 (1849).) “O Sr. Juiz Yates, em *Millar v. Taylor*, disse que o caso de um autor era exatamente semelhante ao de um inventor de uma nova máquina mecânica; que ambas as invenções originais tinham idêntico fundamento em termos de propriedade, quer o caso fosse mecânico ou literário, seja um poema épico ou um planetário; que a imoralidade de piratear a invenção de outro homem era tão grande quanto roubar suas ideias. Propriedade sobre trabalhos mecânicos ou obras de arte, executadas por um homem para o seu próprio prazer, instrução ou uso, deve ser permitido subsistir, certamente, e pode, antes da publicação por ele, ser invadido, não apenas por cópia, mas por descrição ou por catálogo, como me parece. Um catálogo de tais obras pode ser valioso em si mesmo. Pode também mostrar com eficácia as inclinações da mente, os sentimentos e o gosto do artista, especialmente se não for profissional, como uma lista de seus papéis. O portfólio ou o estúdio podem declarar tanto quanto a escrivãzinha. o homem pode se empregar em particular de uma maneira muito

Da mesma forma, uma coleção inédita de notícias que não possua nenhum elemento de natureza literária é protegida de pirataria³⁰.

Que essa proteção não pode repousar sobre o direito à propriedade literária ou artística em nenhum sentido exato; aparece mais claramente quando o objeto para o qual a proteção é invocada não é nem mesmo sob a forma de propriedade intelectual, mas tem os atributos da propriedade tangível ordinária. Suponha que um homem tenha uma coleção de gemas ou curiosidades que ele mantém em sigilo: dificilmente alguém poderia publicar um catálogo delas e, ainda assim, os artigos enumerados certamente não seriam propriedade intelectual no sentido legal, não seriam mais do que uma coleção de fogões ou de cadeiras³¹.

inofensiva, mas que, revelada à sociedade, pode destruir o conforto de sua vida, ou mesmo seu sucesso nela. Cada um, no entanto, tem o direito, eu entendo, de dizer que o produto de suas horas privadas não está mais sujeito à publicação sem o seu consentimento, porque a publicação deve ser digna de crédito ou vantajosa para ele, do que em circunstâncias opostas.”

“Penso, portanto, não apenas que o réu aqui está invadindo ilegalmente os direitos do autor, mas também que a invasão é de tal natureza e afeta a propriedade que dá direito ao autor ao recurso preventivo de uma injunção; e se não o mais, mas, certamente, não menos, porque é uma intrusão, – uma intrusão imprópria e indecorosa, – uma intrusão não apenas em violação das regras convencionais, mas ofensiva para aquele senso inato de propriedade natural de todo homem, – se intrusão, de fato, descreve apropriadamente uma espionagem sórdida na privacidade da vida doméstica, – no lar (uma palavra até então sagrada entre nós), o lar de uma família cuja vida e conduta formam um título reconhecido, embora não seja seu único título inquestionável, ao respeito mais marcado deste país.” (Knight Bruce, VC, em *Príncipe Albert v. Strange*, 2 DeGex & Sm. 652, 696, 697.)

30. *Kiernan v. Manhattan Quotation Co.*, 50 How. Pr. 194 (1876).

31. “O advogado dos réus diz que um homem que adquire conhecimento da propriedade de outro sem seu consentimento não é proibido de comunicar ou publicar esse conhecimento para o mundo, e informar ao mundo o que essa propriedade é, seja oralmente ou por escrito, por nenhuma regra ou princípio que um tribunal possa aplicar (por mais secretamente que ele possa ter mantido esse conhecimento, ou se esforçado para mantê-lo secreto).”

“Afirmo, porém, deixar a dúvida se, quanto aos bens de natureza privada, que o proprietário, sem prejuízo do direito de outrem, pode e conserva em estado de intimidade, é certo que aquele que, sem o consentimento do proprietário, expresso ou implícito, adquira conhecimento dele, pode legalmente valer-se do conhecimento assim adquirido para publicar sem o seu consentimento uma descrição da propriedade.

“É provavelmente verdade que tal publicação pode ser de uma maneira ou estar relacionada a uma propriedade de um tipo que torna uma questão relativa à legalidade do ato muito leve para merecer atenção. Posso conceber casos, no entanto, em que um ato do tipo pode ser circunstanciado ou estar relacionado a uma propriedade de tal forma que o assunto possa afetar significativamente os interesses ou sentimentos do proprietário, ou ambos. Por exemplo, a natureza e a intenção de uma obra inacabada de um artista, divulgada prematuramente ao mundo, pode ser dolorosa e profundamente prejudicial a ele; nem seria difícil sugerir outros exemplos. [...].

A crença de que a ideia de propriedade em seu sentido estrito era a base da proteção de manuscritos inéditos levou um tribunal competente a recusar, em vários casos, liminares contra a publicação de cartas particulares, sob o argumento de que “cartas não possuindo os atributos de composições literárias não são propriedade com direito a proteção”; e que era “evidente que o demandante não poderia ter considerado as cartas como de qualquer valor como produções literárias, pois uma carta não pode ser considerada de valor para o autor uma vez que ele nunca consentiria em publicá-la”³². Mas essas decisões não foram seguidas³³, e não se pode considerar pacífico que a proteção conferida pelo *common law* ao autor de qualquer escrito seja inteiramente independente de seu valor pecuniário, de seus méritos intrínsecos ou de qualquer intenção de publicá-lo, e, é claro, totalmente independente do material, se houver, sobre o qual, ou o modo em que o pensamento ou sentimento foi expresso.

Embora os tribunais tenham afirmado que basearam suas decisões nos estreitos fundamentos da proteção à propriedade, ainda assim há reconhecimentos de uma doutrina mais liberal. Da mesma forma, no caso *Príncipe Albert v. Strange*, já referido, os pareceres do Vice-chanceler e do Lord Chancellor, em recurso, mostram uma percepção mais ou menos definida de um princípio mais amplo do que aqueles que foram principalmente discutidos, e em que ambos depositam sua principal confiança. O Vice-chanceler Knight Bruce referiu-se à publicação de um homem que havia “escrito para pessoas específicas ou sobre assuntos específicos” como um exemplo de divulgações possivelmente prejudiciais a respeito de assuntos privados, que os tribunais impediriam em um caso apropriado; no entanto, é difícil perceber como, em tal caso, qualquer direito de privacidade, em sentido estrito, seria questionado, ou por que, se tal publicação

Sugeriu-se que publicar um catálogo de joias, moedas, antiguidades ou outras curiosidades de um colecionador, por exemplo, sem o seu consentimento, seria fazer uso de sua propriedade sem o seu consentimento; e é verdade, certamente, que um procedimento desse tipo pode não apenas amargar a vida de um colecionador como lisonjearia outro – pode ser não apenas uma calamidade ideal – mas pode causar danos ao proprietário no senso mais vulgar. Tais catálogos, mesmo quando não descritivos, são frequentemente procurados e às vezes obtêm preços muito elevados. Estas, portanto, e outras instâncias semelhantes, não são necessariamente apenas exemplos de dor infligida por sentimento ou imaginação; eles podem ser isso, e algo mais ao lado.” (Knight Bruce, VC, em *Príncipe Albert v. Strange*, 2 DeGex & Sm. 652, 689, 690.)

32. Hoyt v. Mackenzie, 3 Barb. Ch. 320, 324 (1848); Wetmore v. Scovell, 3 Edw. Ch. 515 (1842). See Sir Thomas Plumer in 2 Ves. & B. 19 (1813).
33. Woolsey v. Judd, 4 Duer, 379, 404 (1855). “Foi decidido, felizmente para o bem-estar da sociedade, que o escritor de cartas, embora escrito sem qualquer finalidade de lucro, ou qualquer ideia de propriedade literária, possui tal direito de propriedade sobre elas, que não podem ser publicadas sem o seu consentimento, a menos que o fim da justiça, civil ou criminal, exija a publicação.” (Sir Samuel Romilly, arg., em *Gee v. Pritchard*, 2 Swanst. 402, 418 (1818). Mas veja *High on Injunctions*, 3. ed., § 1012, contra.)

seria restringida quando ameaçava expor a vítima não apenas ao sarcasmo, mas para arruinar, não deveria ser igualmente ordenado, se ameaçasse amargar sua vida. Privar um homem dos lucros potenciais a serem realizados publicando um catálogo de suas gemas não pode ser, *per se*, um ato ilícito para ele. A possibilidade de lucros futuros não é um direito de propriedade que o Direito ordinariamente reconhece; deve, portanto, ser uma infração de outros direitos que constitui o ato ilícito, e essa infração é igualmente ilícita, quer seus resultados sejam impedir os lucros que o próprio indivíduo poderia obter ao dar ao assunto uma publicidade desagradável para ele, ou ganhar uma vantagem à custa de sua dor e sofrimento mental. Se a ficção da propriedade em sentido estrito deve ser preservada, ainda é verdade que o fim alcançado pelo mexeriqueiro é alcançado pelo uso daquilo que é alheio, os fatos relativos à sua vida privada, que ele julgou convenientes manter privado. Lord Cottenham afirmou que um homem “é aquilo que é exclusivamente dele” e citou com aprovação a opinião de Lord Eldon, conforme relatado em uma nota manuscrita do caso *Wyatt v. Wilson*, em 1820, a respeito de uma gravura de George III durante sua doença, no sentido de que “se um dos médicos do falecido rei tivesse mantido um diário do que ouviu e viu, a corte não teria, em vida do rei, permitido que ele o imprimisse e publicasse”; e Lord Cottenham declarou, em relação aos atos dos réus no processo que lhe foi submetido, que “a privacidade é o direito invadido”. Mas, se a privacidade já é reconhecida como um direito merecedor de proteção legal, a interposição dos tribunais não pode depender da natureza particular dos danos resultantes.

Essas considerações levam à conclusão de que a proteção conferida aos pensamentos, aos sentimentos e às emoções, expressos por meio da escrita ou das artes, na medida em que consiste em impedir a publicação, é apenas uma instância de aplicação do direito mais geral do indivíduo ser deixado em paz. É como o direito de não ser agredido ou espancado, o direito de não ser preso, o direito de não ser processado maliciosamente, o direito de não ser difamado. Em cada um desses direitos, como de fato em todos os outros direitos reconhecidos, é inerente a qualidade de ser possuído – e (como esse é o atributo distintivo da propriedade) pode haver alguma adequação ao falar desses direitos como propriedade. Mas, obviamente, eles têm pouca semelhança com o que é comumente compreendido sob esse termo. O princípio que protege os escritos pessoais e todas as outras produções pessoais, não contra roubo e apropriação física, mas contra qualquer forma de publicação, na realidade, não é o princípio da propriedade privada, mas o de uma personalidade inviolável³⁴.

34. “Mas uma dúvida foi sugerida, se meras cartas particulares, não destinadas a composições literárias, têm direito à proteção de uma ordem judicial de fazer ou não fazer da mesma maneira que as composições de caráter literário. Essa dúvida provavelmente surgiu do hábito de não discriminar entre os diferentes direitos de propriedade que pertencem a um manuscrito não publicado e aqueles que pertencem a um livro publicado. O último, como insinuei em outra conexão, é um direito de obter os lucros da publicação. O primeiro é um direito de controlar o ato de

Se estivermos corretos nesta conclusão, o Direito existente oferece um princípio a partir do qual pode ser invocado para proteger a privacidade do indivíduo contra a invasão da imprensa muito empreendedora, do fotógrafo ou do possuidor de qualquer outro dispositivo moderno para reformular ou reproduzir cenas ou sons, pois a proteção conferida pelas autoridades não se limita aos casos em que qualquer meio ou forma de expressão particular foi adotado, nem aos produtos do intelecto. Semelhante proteção é conferida às emoções e sensações expressas em uma composição musical ou em outra obra de arte como em uma composição literária; e as palavras ditas, uma pantomima representada, uma sonata executada não têm menos direito à proteção do que se cada uma delas tivesse sido reduzida à escrita. A circunstância de que um pensamento ou emoção tenha sido registrado de forma permanente torna sua identificação mais fácil e, portanto, pode ser importante do ponto de vista probatório, porém, não tem importância como questão de direito substantivo. Se, então, as decisões indicam um direito geral à privacidade de pensamentos, emoções e sensações, estes devem receber a mesma proteção, seja expressa por escrito, seja na conduta, na conversa, nas atitudes ou na expressão facial.

publicação e decidir se haverá alguma publicação. Tem sido chamado de direito de propriedade; uma expressão talvez não muito satisfatória, mas por outro lado suficientemente descritiva de um direito que, embora incorpóreo, envolve muitos dos elementos essenciais da propriedade, e é pelo menos positiva e definitiva. Esta expressão não pode nos deixar dúvidas quanto ao significado dos juízes doutos que a usaram, quando a aplicaram a casos de manuscritos inéditos. Eles obviamente pretendiam usá-lo em nenhum outro sentido, a não ser em oposição aos meros interesses do sentimento, e para descrever um direito substancial de interesse legal.” (Curtis on Copyright, p. 93-94.)

A semelhança do direito de impedir a publicação de um manuscrito não publicado com os bem reconhecidos direitos de imunidade pessoal é encontrada no tratamento deste em conexão com os direitos dos credores. O direito de impedir tal publicação e o direito de ação por sua violação, como a causa de ação por agressão, difamação ou acusação maliciosa, não são ativos disponíveis aos credores.

“Não há lei que possa obrigar um autor a publicar. Ninguém pode determinar esta questão essencial da publicação, exceto o autor. Seus manuscritos, por mais valiosos que sejam, não podem, sem seu consentimento, ser confiscados por seus credores como propriedade.” (McLean, J., em *Bartlett v. Crittenden*, 5 McLean, 32, 37 (1849).)

Também foi sustentado que, mesmo quando os direitos do remetente não são reivindicados, o destinatário de uma carta não tem propriedade sobre ela como passa para seu testamenteiro ou administrador como um ativo vendável. (*Eyre v. Higbee*, 22 Como. Pr. (N.Y.) 198 (1861).)

“O próprio significado da palavra ‘propriedade’ em seu sentido legal é ‘aquilo que é peculiar ou próprio de qualquer pessoa; aquilo que pertence exclusivamente a alguém’. O primeiro significado da palavra da qual é derivado – *proprius* – é ‘próprio.’” (Drone on Copyright, p. 6.)

É claro que uma coisa deve ser passível de identificação para ser objeto de propriedade exclusiva. Mas quando sua identidade pode ser determinada de modo que a propriedade individual possa ser afirmada, não importa se é corpóreo ou incorpóreo.

Pode-se sugerir que se faça uma distinção entre a expressão deliberada de pensamentos e emoções em composições literárias ou artísticas e a expressão casual e, muitas vezes, involuntária dada a elas na conduta ordinária da vida. Em outras palavras, pode-se argumentar que a proteção conferida é concedida aos produtos conscientes do trabalho, talvez como estímulo ao esforço³⁵. Essa afirmação, por mais plausível que seja, tem, de fato, pouco a recomendá-la. Se adotarmos como teste a quantidade de trabalho envolvida, descobriremos que o esforço para se conduzir adequadamente nas relações negociais e domésticas foi muito maior do que o envolvido em pintar um quadro ou escrever um livro; veríamos que era muito mais fácil expressar sentimentos elevados em um diário do que na condução de uma vida nobre. Se o teste de deliberação do ato for adotado, muitas correspondências casuais que agora recebem proteção total seriam excluídas da operação benéfica das regras existentes. Posteriormente às decisões que negaram a tentativa de distinção entre as produções literárias que se pretendiam publicar e aquelas que não, todas as considerações sobre a quantidade de trabalho envolvido, o grau de deliberação, o valor do produto e a intenção de publicação devem ser abandonadas, e não se discerne nenhuma base sobre a qual possa repousar o direito de restringir a publicação e reprodução de tais obras ditas literárias e artísticas, exceto o direito à privacidade, como parte do direito mais geral à imunidade da pessoa – o direito à personalidade.

Convém salientar que, em alguns casos em que foi concedida proteção contra publicação ilícita, a jurisdição foi afirmada não com base na propriedade ou, pelo menos, não totalmente com fundamento nisso, mas com alicerce em uma alegada violação de um contrato implícito ou de uma confiança ou confidência.

Assim, em *Abernethy v. Hutchinson*, 3 L. J. Ch. 209 (1825), onde o demandante, um distinto cirurgião, procurou restringir a publicação no *Lancet* de palestras não publicadas que ele havia proferido no St. Bartholomew's Hospital em Londres, Lord Eldon duvidou que pudesse haver propriedade em palestras que não haviam sido reduzidas a escrito, mas concedeu a injunção com fundamento na quebra de sigilo, sustentando que, “quando as pessoas fossem admitidas como alunos ou de outra forma, para ouvir essas palestras, embora elas fossem proferidas oralmente, e embora as partes possam ir até o ponto, se eles tiverem condições de fazê-lo, de colocar todo o conteúdo da palestra por escrito por meio de taquígrafia, eles poderiam fazer isso apenas para fins de sua própria informação, e não poderiam publicar, com fins lucrativos, o que eles não obtiveram direito de venda”.

35. “Tal então sendo, como eu acredito, a natureza e o fundamento do *common law* quanto aos manuscritos independentemente das adições e subtrações parlamentares, sua operação não pode necessariamente ser confinada a assuntos literários. Isso seria limitar a regra pelo exemplo. Onde quer que o produto do trabalho esteja sujeito a invasão de maneira análoga, deve haver, suponho, um título para proteção ou reparação análoga.” (Knight Bruce, VC, em *Príncipe Albert v. Strange*, 2 DeGex & Sm. 652, 696.)

Em *Príncipe Albert v. Strange*, I McN. & G. 25 (1849), Lord Cottenham, em recurso, embora reconhecendo um direito de propriedade sobre as gravuras que, por si sós, justificaria a concessão da liminar, declarou, depois de discutir as provas, que era obrigado a presumir que a posse da gravura pelo réu tinha “sua base em uma quebra de confiança, confidência ou contrato”, e que, por esse motivo, o título do autor da liminar foi totalmente mantido.

Em *Tuck v. Priester*, 19 Q.B.D. 639 (1887), os demandantes eram donos de um quadro, e empregavam o réu para fazer um certo número de cópias. Ele fez isso e várias outras cópias para si mesmo, e as colocou à venda na Inglaterra por um preço mais baixo. Posteriormente, os autores registraram seus direitos autorais sobre a imagem e, em seguida, entraram com uma ação para imposição e obrigação de fazer e obtenção de indenização. Os *Lords Justices* diferiram quanto à aplicação das leis de direitos autorais ao caso, mas sustentaram unanimemente que, independentemente dessas leis, os demandantes tinham direito a uma ação para imposição e obrigação de fazer e obtenção de indenização por quebra de contrato.

Em *Pollard v. Photographic Co.*, 40 cap. Div. 345 (1888), um fotógrafo que havia tirado a fotografia de uma senhora em circunstâncias normais foi impedido de exibí-la de vender cópias dela, sob o argumento de que era uma violação de um termo implícito no contrato, e que foi uma quebra de confiança. O Sr. Justice North interveio no argumento do advogado do autor do inquérito: “Você contesta que, se a imagem negativa fosse tirada às escondidas, a pessoa que a tirou poderia exibir cópias?” e o advogado do demandante respondeu: “Nesse caso não haveria confiança ou consideração para sustentar um contrato.” Mais tarde, o advogado do réu argumentou que “uma pessoa não tem propriedade em suas próprias características; longe de fazer o que é difamatório ou ilegal, não há restrição ao fotógrafo usar seu negativo”. Mas o tribunal, embora julgasse expressamente uma quebra de contrato e de confiança suficiente para justificar sua interposição, ainda pareceu ter sentido a necessidade de basear a decisão também em um direito de propriedade³⁶, a fim de colocá-la dentro da linha daqueles casos que foram invocados como precedentes³⁷.

36. “A questão, portanto, é se um fotógrafo que foi contratado por um cliente para tirar seu retrato tem justificativa para retirar cópias de tal fotografia para seu próprio uso, vendê-las e descartá-las ou exibi-las publicamente para publicidade ou de outra forma, sem a autorização de tal cliente, seja expressa ou implícita. Digo ‘expressa ou implícita’ porque um fotógrafo é frequentemente autorizado, a seu próprio pedido, a tirar uma fotografia de uma pessoa em circunstâncias em que uma subsequente venda por ele deve ter estado na contemplação de ambas as partes, embora não tenha sido realmente mencionada. À questão assim colocada, minha resposta é negativa, que o fotógrafo não tem justificativa para fazê-lo. Quando uma pessoa obtém informações no decorrer de um trabalho confidencial, a lei não permite que ela faça qualquer uso impróprio das informações assim obtidas; e seja concedida uma injunção, se necessária, para

coibir tal uso; como, por exemplo, impedir um escriturário de divulgar as contas de seu mestre, ou um advogado de divulgar os assuntos de seu cliente, aprendidos no curso de tal emprego. Mais uma vez, a lei deixa claro que uma quebra de contrato, expressa ou implícita, pode ser restringida por uma injunção. Na minha opinião, o caso do fotógrafo está dentro dos princípios aos quais ambos os casos dependem. O objetivo para o qual ele é empregado e pago é fornecer ao cliente o número necessário de fotografias impressas de um determinado assunto. Para tanto, o negativo é tirado pelo fotógrafo em vidro; e a partir desse negativo cópias podem ser impressas em números muito maiores do que geralmente são exigidos pelo cliente. O cliente que posa para o negativo coloca, assim, o poder de reproduzir o objeto nas mãos do fotógrafo; e a meu ver o fotógrafo que usa o negativo para produzir outras cópias para uso próprio, sem autoridade, está abusando do poder confiadamente colocado em suas mãos apenas com o objetivo de suprir o cliente; e, além disso, sustento que o acordo entre o cliente e o fotógrafo inclui, por implicação, um acordo de que as impressões tiradas do negativo devem ser apropriadas apenas para uso do cliente.” Referindo-se às opiniões proferidas em *Tuck v. Priester*, 19 Q.B.D. 639, o douto juiz continuou: “Então Lord Justice Lindley diz: ‘Vou lidar primeiro com a liminar, que está, ou pode estar, em uma base totalmente diferente das penalidades ou dos danos. Parece-me que a relação entre os demandantes e o réu era tal que, quer os demandantes tivessem direitos autorais ou não, o réu fez o que o torna passível de uma injunção. Ele foi contratado pelos demandantes para fazer um certo número de cópias da foto, e esse emprego trazia consigo a implicação necessária de que o réu não deveria fazer mais cópias para si mesmo, nem vender as cópias adicionais neste país em concorrência com seu empregador. Tal conduta de sua parte é uma grave violação do contrato e uma grave quebra de confiança e, em meu entender, claramente autoriza os queixosos a uma injunção, tenham eles direitos autorais sobre a imagem ou não.’ Esse caso é o mais perceptível, pois o contrato foi por escrito; e, no entanto, considerou-se uma condição implícita que o réu não fizesse nenhuma cópia para si mesmo. A frase ‘uma grave quebra de confiança’ usada por Lord Justice Lindley naquele caso se aplica com igual força ao presente, quando os sentimentos de uma senhora ficam chocados ao descobrir que o fotógrafo que ela contratou para tirar sua imagem para uso próprio está exibindo publicamente e vendendo suas cópias.” (*North, J.*, em *Pollard v. Photographic Co.*, 40 Ch. D. 345, 349-352 (1888).)

“Pode-se dizer também que os casos aos quais me referi são todos casos em que houve algum direito de propriedade infringido, com base no reconhecimento pela lei de proteção devida aos produtos da própria habilidade ou trabalho mental de um homem; considerando que, no presente caso, a pessoa fotografada não fez nada para merecer tal proteção, que visa prevenir erros legais e não meras queixas sentimentais. Mas uma pessoa cuja fotografia é tirada por um fotógrafo não é abandonada pela lei; para a Lei de 25 e 26 de Vitória, c. 68, S. 1, estabelece que quando o negativo de qualquer fotografia é feito ou executado para ou em nome de outra pessoa por um bem ou contraprestação valiosa, a pessoa que faz ou executa o mesmo não deve reter os direitos autorais, a menos que seja expressamente reservado a ele por acordo por escrito assinado pela pessoa para ou em cujo nome o mesmo é feito ou executado; mas os direitos autorais devem pertencer à pessoa por ou em nome de quem o mesmo deve ter sido feito ou executado.

“O resultado é que, no presente caso, os direitos autorais da fotografia estão em um dos autores. É verdade, sem dúvida, que a sect. 4 da mesma lei estabelece que nenhum titular de direitos autorais terá direito ao benefício do ato até o registro, e nenhuma ação será sustentada em relação a qualquer coisa feita antes do registro; e foi, presumo, porque a fotografia da autora da denúncia

Este processo de implicar um termo em um contrato, ou de implicar uma confiança (particularmente, quando um contrato é escrito e em que não há uso ou costume estabelecido), nada mais é do que uma declaração judicial de que a moralidade pública, a justiça privada e a conveniência geral exigem o reconhecimento de tal regra, e que a publicação em circunstâncias semelhantes seria considerada um abuso intolerável. Enquanto essas circunstâncias apresentarem um contrato no qual tal termo possa ser enxertado pela mente judicial, ou fornecer relações sobre as quais uma confiança ou confidência possa ser erigida, não poderá haver objeção em obter a proteção desejada, por institutos de contrato ou da confiança. Mas o tribunal dificilmente pode parar por aí. Um instituto mais restrito pode ter satisfeito as exigências da sociedade numa época em que o abuso contra o qual se busca precaver raramente poderia ter surgido sem violar um contrato ou uma confiança especial; mas, agora que os dispositivos modernos oferecem oportunidades abundantes para a perpetração de tais erros sem qualquer participação da parte lesada, a proteção concedida pela lei deve ser colocada sobre uma base mais ampla. Enquanto, por exemplo, o estado da arte fotográfica era tal que a fotografia de alguém raramente podia ser tirada sem que ele conscientemente “se sentasse” para este fim, a lei do contrato ou da confiança poderia fornecer ao homem prudente salvaguardas suficientes contra a circulação imprópria de seu retrato; entretanto, como os últimos avanços na arte fotográfica tornaram possível tirar fotos veladamente, os institutos do contrato e da confiança são inadequados para sustentar a proteção exigida, e a lei de responsabilidade civil deve ser utilizada. O direito de propriedade em seu sentido mais amplo, incluindo toda posse, englobando todos os direitos e privilégios e, portanto, abrangendo o direito a uma personalidade inviolável, fornece sozinho aquela ampla base sobre a qual a proteção que o indivíduo exige pode ser apoiada.

Assim, os tribunais, em busca de algum princípio que pudesse ser imposto sobre a publicação de cartas particulares, naturalmente, se depararam com as ideias de uma

não foi registrada que este ato não foi referido pelo advogado no curso do processo. Mas, embora a proteção contra o mundo em geral conferida pelo ato não possa ser executada até após o registro, isso não priva os demandantes de seu direito de ação contra o réu por sua quebra de contrato e quebra de confiança. Isso fica bem claro nos casos de *Morison v. Moat* [9 Hare, 241] e *Tuck v. Priest* [19 Q.B.D. 629] já mencionados, em cujo último caso a mesma lei estava em questão.” (Per North, J., *ibid.*, p. 352.)

Essa linguagem sugere que o direito de propriedade sobre fotografias ou retratos pode ser criado por lei, o que não existiria na ausência de registro; mas alega-se que, eventualmente, deve ser considerado aqui, como tem sido em casos semelhantes, que a disposição legal se torna aplicável somente quando há uma publicação, e que antes do ato de registro há propriedade sobre a coisa sobre a qual o estatuto é para funcionar.

37. *Duque de Queensberry v. Shebbeare*, 2 Eden, 329; *Murray v. Heath*, 1 B. & Ad. 804; *Tuck v. Priest*, 19 Q.B.D. 629.

quebra de confiança e de um contrato implícito; foi necessária pouca consideração para discernir que estes institutos não poderiam fornecer toda a proteção imprescindível, uma vez que não apoiaria o tribunal na concessão de um recurso contra um estranho; e assim foi adotada a teoria da propriedade no conteúdo das cartas³⁸. De fato, é difícil conceber em que teoria do direito o destinatário casual de uma carta, que passa a publicá-la, é culpado da quebra de um contrato, expressa ou implícita, ou de qualquer quebra de confiança, na compreensão ordinária desses termos. Suponha que uma carta tenha sido endereçada a ele sem sua solicitação. Ele abre e lê. Certamente, ele não fez nenhum contrato; ele não aceitou nenhuma confiança. Ele não pode, ao abrir e ler a carta, estar sob nenhuma obrigação, exceto o que a lei declara; e, contudo, expressa, essa obrigação é simplesmente de observar o direito legal do remetente, seja ele qual for, e seja chamado de direito ou propriedade sobre o conteúdo da carta, ou direito à privacidade³⁹.

Uma busca semelhante pelo princípio sobre o qual uma publicação ilícita pode ser imposta é encontrada na lei de segredos comerciais. Lá, as obrigações de fazer e de não fazer geralmente são concedidas com base na teoria de quebra de contrato ou abuso de confiança. É claro que raramente aconteceria que alguém estivesse de posse de um segredo, a menos que a confiança fosse depositada nele. Mas pode-se supor que o tribunal hesitaria em fazer uma concessão contra alguém que obteve seu conhecimento por uma transgressão comum, por exemplo, olhando indevidamente para um livro em que o segredo foi registrado ou por meio de espionagem? De fato, em *Yovatt v. Winyard*, 1 J. & W. 394 (1820), em que foi concedida uma obrigação de fazer e de não fazer contra o uso ou a divulgação de certas receitas de medicina veterinária, consta que o réu, enquanto empregado do demandante, teve acesso clandestino ao seu livro de receitas e as copiou. Lord Eldon “concedeu a ordem, com base em ter havido uma quebra de confiança

38. Ver Mr. Justice Story in *Folsom v. Marsh*, 2 Story, 100, III (1841): “Se ele [o destinatário de uma carta] tentar publicar tal carta ou cartas em outras ocasiões, não justificáveis, um tribunal de equidade impedirá a publicação por uma injunção, como uma quebra de confiança privada ou contrato, ou dos direitos do autor; e *a fortiori*, se ele tentar publicá-los com fins lucrativos; pois então não é uma mera quebra de confiança ou contrato, mas é uma violação dos direitos autorais exclusivos do escritor. [...] A propriedade geral e os direitos gerais incidentes sobre a propriedade, pertencem ao escritor, sejam as cartas composições literárias, ou cartas familiares, ou detalhes de fatos, ou cartas de negócios. A propriedade geral nos manuscritos permanece com o escritor e seus representantes, bem como os direitos autorais gerais. *A fortiori*, terceiros, não tendo intimidade com nenhuma das partes, não têm o direito de publicá-los, para servir a seus próprios propósitos privados de interesse, curiosidade ou paixão.”

39. “O destinatário de uma carta não é um depositário, nem tem um caráter análogo ao de um depositário. Não há direito de posse, presente ou futuro, no escritor. O único direito a ser executado contra o titular é um direito de impedir a publicação, de não exigir o manuscrito do detentor para uma publicação de si mesmo.” (Por Exmo. Joel Parker, citado em *Grigsby v. Breckenridge*, 2 Bush. 480, 489 (1857).)

e confidência”; mas parece difícil traçar qualquer distinção legal sólida entre tal caso e um em que um mero estranho obteve acesso ao livro por engano⁴⁰.

Devemos, portanto, concluir que os direitos assim protegidos, qualquer que seja sua natureza exata, não são direitos decorrentes de contrato ou de uma confiança especial, mas são direitos contra o mundo; e, como dito alhures, o princípio que foi aplicado para proteger esses direitos não é, na realidade, o princípio da propriedade privada, a menos que essas palavras sejam usadas em um sentido extenso e incomum. O princípio que protege os escritos pessoais e quaisquer outras produções do intelecto ou das emoções é o direito à privacidade, e a lei não tem nenhum princípio novo a formular quando estende essa proteção à aparência, aos ditos, aos atos da vida pessoal e às relações, doméstica ou não⁴¹.

Se a invasão de privacidade constitui um dano jurídico, existem os elementos para exigir reparação, uma vez que já é reconhecido o valor do sofrimento psíquico, causado por ato ilícito em si mesmo, como fundamento da indenização.

O direito de quem permaneceu como um indivíduo privado, de impedir seu retrato de ser público, apresenta o caso mais simples para tal extensão; o direito de se proteger de

40. Um crescimento semelhante da lei que mostra o desenvolvimento de direitos contratuais em direitos de propriedade é encontrado na lei do *goodwill*. Há indícios, já nos Anuários, de comerciantes que se esforçam para garantir para si mesmos, por contrato, as vantagens agora designadas pelo termo *goodwill*, mas foi somente em 1743 que o *goodwill* recebeu reconhecimento legal como propriedade, independentemente dos convênios pessoais de os comerciantes. Ver Allan sobre Goodwill, p. 2, 3.

41. A aplicação de um princípio existente a um novo estado de fatos não é legislação judicial. Chamá-lo assim é afirmar que o corpo jurídico existente consiste praticamente em estatutos e casos decididos, e negar que os princípios (dos quais esses casos são normalmente considerados evidências) existam. Não é a aplicação de um princípio existente a novos casos, mas a introdução de um novo princípio, que é propriamente denominado legislação judicial. No entanto, mesmo o fato de uma determinada decisão envolver legislação judicial não deve ser levado como contrário à propriedade de fazê-la. Esse poder tem sido comumente exercido por nossos juízes, ao aplicar a um novo assunto os princípios da justiça privada, da idoneidade moral e da conveniência pública. De fato, a elasticidade de nossa lei, sua adaptabilidade a novas condições, a capacidade de crescimento, que lhe permitiu atender às necessidades de uma sociedade em constante mudança e aplicar alívio imediato a todos os erros reconhecidos, têm sido sua maior vanglória. “Não consigo entender como qualquer pessoa que tenha considerado o assunto pode supor que a sociedade poderia ter existido se os juízes não tivessem legislado, ou que existe qualquer perigo em permitir que o poder que eles de fato exerceram, para compensar a negligência ou a incapacidade do legislador declarado. A parte da lei de cada país que foi feita por juízes foi muito mais bem feita do que a parte que consiste em estatutos promulgados pela legislatura.” (1 Jurisprudência de Austin, p. 224.)

Os casos supramencionados mostram que o *common law*, há um século e meio, protege a privacidade em certos casos, e conceder a proteção adicional agora sugerida seria meramente outra aplicação de uma regra existente.

retratos feitos à caneta, de uma discussão da imprensa sobre seus assuntos privados, seriam direitos mais importantes e de longo alcance. Se declarações casuais e sem importância em uma carta, os trabalhos manuais, por mais inartísticos e sem valor que sejam, e bens de todos os tipos são protegidos não apenas contra reprodução, mas também contra descrição e enumeração, quanto mais deveriam ser protegidos da publicidade impiedosa os atos e as palavras de um homem em suas relações sociais e domésticas. Se você não pode reproduzir o rosto de uma mulher fotograficamente sem o consentimento dela, menos ainda deveria ser tolerada a reprodução de seu rosto, sua forma e suas ações por meio de descrições gráficas coloridas para se adequar a uma imaginação grosseira e depravada.

O direito à privacidade, limitado como tal direito deve necessariamente ser, já encontrou espaço na legislação da França⁴².

Resta considerar quais são as limitações desse direito à privacidade e quais recursos podem ser concedidos para a proteção do direito. Determinar antecipadamente, em abstrato, a linha exata em que a dignidade e a conveniência do indivíduo devem ceder às exigências do bem público ou da justiça privada seria uma tarefa difícil; todavia, as regras mais gerais são fornecidas pelas analogias jurídicas já desenvolvidas na regulamentação das leis contra a difamação, e na lei de propriedade literária e artística.

1. O DIREITO À PRIVACIDADE NÃO PROÍBE QUALQUER PUBLICAÇÃO DE ASSUNTO QUE SEJA DE INTERESSE PÚBLICO OU GERAL

Na determinação do alcance desta regra, seria auxiliar recorrer à analogia, mais especificamente à legislação aplicável à difamação, de casos que tratam do privilégio qualificado de comentários e críticas sobre assuntos de interesse público e geral⁴³. É claro que existem dificuldades na aplicação de tal regra; mas elas são inerentes ao assunto e, certamente, não são maiores do que aqueles que existem em muitos outros ramos do Direito – por exemplo, naquela grande classe de casos em que a razoabilidade ou não razoabilidade de um ato é utilizada como um teste de responsabilidade. O objetivo da lei deve ser proteger aquelas pessoas cujos assuntos a comunidade não tem interesse legítimo, de serem arrastadas para uma publicidade indesejável e indesejada e proteger todas as pessoas, seja qual for; sua posição ou *status* de ter assuntos que eles possam preferir

42. Loi Relative à la Presse. 11 de maio de 1868.

“11. Toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de la vie privée constitue une contravention punie d’une amende de cinq cents francs.” “La poursuite ne pourra être exercée que sur la plainte de la partie intéressée.” (Rivière, Codes Français et Lois Usuelles. App. Code Pen., p. 20.)

43. Ver *Campbell v. Spottiswoode*, 3 B. & S. 769, 776; *Henwood v. Harrison*, L. R. 7 C.P. 606; *Gott v. Pulsifer*, 122 Mass. 235.)

manter privados, tornados públicos contra sua vontade. É a invasão injustificada da privacidade individual que é repreendida e deve ser, na medida do possível, evitada. A distinção, no entanto, observada na declaração supra é óbvia e fundamental. Há pessoas que podem razoavelmente reivindicar, como direito, a proteção contra a notoriedade que acarreta o fato de serem vítimas de empreendimentos jornalísticos. Há outros que, em diferentes graus, renunciaram ao direito de viver suas vidas protegidos da observação pública. Assuntos que os homens da primeira classe podem justamente discutir, afirmar serem de seu próprio interesse; podem, nos da segunda, ser assunto de interesse legítimo para seus concidadãos. Peculiaridades da maneira e da pessoa, que no indivíduo comum devem ser isentas de comentários, podem adquirir importância pública se encontradas em candidato a cargo público. Alguma distinção adicional é necessária, portanto, para classificar fatos ou atos como públicos ou privados de acordo com um padrão a ser aplicado ao fato ou ato *per se*. Publicar sobre um indivíduo modesto e aposentado que ele sofre de um impedimento de fala ou que não pode soletrar corretamente, é uma violação injustificada, senão, sem precedentes, de seus direitos, enquanto declarar e comentar as mesmas características encontradas em um aspirante a congressista não podia ser considerado fora dos limites do decoro.

O objetivo geral em vista é proteger a privacidade da vida privada e, em até que grau e em qualquer conexão, a vida de um homem deixou de ser privada antes que a publicação em questão tenha sido feita; nessa medida a proteção provavelmente será retirada⁴⁴. Uma vez que a adequação na publicação dos mesmos fatos pode depender inteiramente da pessoa a respeito de quem são publicados, nenhuma fórmula fixa pode ser usada para proibir publicações ofensivas. Qualquer regra de responsabilidade adotada deve ter em si uma elasticidade que leve em conta as diversas circunstâncias de cada caso – uma necessidade que infelizmente torna tal instituto não apenas mais difícil de aplicar, como também, em certa medida, incerto em seu funcionamento e facilmente abortado. Além disso, só as mais flagrantes violações da decência e do decoro podem ser alcançadas na prática, e talvez nem seja desejável tentar reprimir tudo o que o gosto mais refinado e o mais aguçado senso de respeito devido à vida privada condenariam.

Em geral, então, os assuntos sobre os quais a publicação deve ser reprimida podem ser descritos como aqueles que dizem respeito à vida privada, a hábitos, atos e relações de um indivíduo, e não têm conexão legítima com sua aptidão para um cargo público

44. “Nos mœurs n'admettent pas la prétention d'enlever aux investigations de la publicité les actes qui relèvent de la vie publique, et ce dernier mot ne doit pas être restreint à la vie officielle ou à celle du fonctionnaire. Tout homme qui appelle sur lui l'attention ou les regards du public, soit par une mission qu'il a reçue ou qu'il se donne, soit par le rôle qu'il s'attribue dans l'industrie, les arts, le théâtre, etc., ne peut plus invoquer contre la critique ou l'exposé de sa conduite d'autre protection que les lois qui répriment la diffamation et l'injure.” (Circ. Mins. Just., 4 juin 1868. Rivière Codes Français et Lois Usuelles, App. Code Pen. 20 n (b).)

que ele busque, ou para o qual ele é sugerido, ou para qualquer cargo público ou quase público que ele busque ou para o qual seja indicado, e não tenha relação legítima ou influencie qualquer ato por ele praticado em caráter público ou quase público. O que precede não é concebido como uma definição totalmente precisa ou exaustiva, uma vez que aquilo que deve, em última análise, em muitos casos, tornar-se uma questão de julgamento e opinião individual, é incapaz de tal definição; mas é uma tentativa de indicar amplamente a classe de assuntos referidos. Algumas coisas todos os homens têm o direito de esconder da curiosidade popular, seja na vida pública ou não, enquanto outras são apenas privadas porque as pessoas envolvidas não assumiram uma posição que torna seus atos uma questão legítima em matéria de investigação pública⁴⁵.

2. O DIREITO À PRIVACIDADE NÃO PROÍBE A COMUNICAÇÃO DE QUALQUER ASSUNTO, AINDA QUE DE NATUREZA PRIVADA, QUANDO A PUBLICAÇÃO SEJA FEITA EM CIRCUNSTÂNCIAS QUE A TORNEM UMA COMUNICAÇÃO PRIVILEGIADA DE ACORDO COM AS LEIS CONTRA A DIFAMAÇÃO

Em conformidade com essas regras, o direito à privacidade não é violado por qualquer publicação feita em Tribunal de Justiça, em órgãos legislativos ou nas comissões desses órgãos; nas assembleias municipais, ou nas comissões de tais assembleias, ou praticamente por qualquer comunicação em qualquer outro órgão público, municipal ou paroquial, ou em qualquer órgão quase público, como as grandes associações voluntárias formadas para quase todos os fins de benevolência, negócios ou outros interesse geral; e (pelo menos em muitas jurisdições) os relatórios de tais processos receberiam, em alguma medida, um privilégio semelhante⁴⁶. Tampouco a norma proibiria qualquer publicação feita por alguém no cumprimento de algum dever público ou privado, seja legal ou moral, ou na condução de seus próprios negócios, em questões em que seu próprio interesse esteja presente⁴⁷.

45. “Celui-là seul a droit au silence absolu qui n’a pas expressément ou indirectement provoqué ou autorisé l’attention, l’approbation ou le blâme.” (Circ. Mins. Just., 4 juin 1868. Rivière Codes Français et Lois Usuelles, App. Code Pen. 20 n (b).)

O princípio assim expresso evidentemente destina-se a excluir as investigações sobre o passado de proeminentes homens públicos com os quais o público americano está muito familiarizado e, infelizmente, muito satisfeito; embora não tenham direito ao “silêncio absoluto” que homens menos proeminentes podem reivindicar como seu devido, eles ainda podem exigir que todos os detalhes da vida privada em seu sentido mais limitado não sejam expostos para inspeção. (p. 216 Nota 1 no original.)

46. *Wason v. Walters*, L. R. 4 Q.B. 73; *Smith v. Higgins*, 16 Gray, 251; *Barrows contra Bell*. Gray, 331.

47. Esta limitação sobre o direito de impedir a publicação de cartas particulares foi reconhecida cedo: – “Mas, consistentemente com este direito [do autor das cartas], as pessoas a quem elas

3. A LEI PROVAVELMENTE NÃO CONCEDERIA QUALQUER REPARAÇÃO PELA INVASÃO DE PRIVACIDADE POR PUBLICAÇÃO ORAL NA AUSÊNCIA DE DANOS ESPECIAIS

As mesmas razões existem para distinguir entre publicações orais e escritas de assuntos privados, como é permitido na lei de difamação pela responsabilidade restrita por calúnia em comparação com a responsabilidade por difamação⁴⁸. O dano resultante de tais comunicações orais normalmente seria tão insignificante que a lei poderia muito bem, no interesse da liberdade de expressão, desconsiderá-lo completamente⁴⁹.

4. O DIREITO À PRIVACIDADE CESSA COM A PUBLICAÇÃO DOS FATOS PELO INDIVÍDUO OU COM O SEU CONSENTIMENTO

Esta é apenas outra aplicação da regra que se tornou familiar na lei da propriedade literária e artística. Os casos lá decididos estabelecem também o que deve ser considerado uma publicação – o princípio importante a este respeito é que uma comunicação privada de circulação para um fim restrito não é uma publicação na acepção da lei⁵⁰.

são endereçadas podem ter, ou melhor, devem, por implicação, possuir o direito de publicar qualquer carta ou cartas endereçadas a eles, nas ocasiões em que requeiram ou justifiquem a publicação ou uso público delas; mas esse direito é estritamente limitado a tais ocasiões. Assim, uma pessoa pode legitimamente usar e publicar, em uma ação judicial ou em equidade, a carta ou cartas que forem necessárias e adequadas, para estabelecer seu direito de manter a ação, ou defendê-la. Deturpado pelo escritor, ou acusado de conduta imprópria, de maneira pública, ele pode publicar tais partes de tal carta ou cartas, mas não mais, conforme necessário para justificar seu caráter e reputação, ou livrá-lo de injustas acusações e censura.” (Story, J., em *Folsom v. Marsh*, 2 Story, 100, 110, 111 (1841).)

A existência de qualquer direito do destinatário das cartas de publicá-las foi veementemente negada pelo Sr. Drone; mas o raciocínio sobre o qual repousa sua negação não parece satisfatório. (Drone on Copyright, p. 136-139.)

48. Townshend em *Slander and Libel*, 4. ed., 18; Odgers on *Libel and Slander*, 2. ed. p. 3.

49. “Mas, enquanto a fofoca era oral, ela se espalhava, no que diz respeito a qualquer indivíduo, por uma área muito pequena, e era confinada ao círculo imediato de seus conhecidos. Não alcançava, ou mal alcançava, aqueles que nada sabiam sobre ele. Isso fez seu nome, ou sua caminhada, ou sua conversa familiar para estranhos. E o que é mais importante, poupou-lhe a dor e a mortificação de saber que ele era fofocado. Um homem raramente ouvia fofocas orais sobre ele que simplesmente o tornou ridículo ou infringiu sua privacidade legal, mas não fez nenhum ataque positivo à sua reputação. Sua paz e conforto foram, portanto, ligeiramente afetados por isso.” (E. L. Goldin. *Os direitos do cidadão: à sua reputação. Scribner's Magazine*, p. 66, jul. 1890.)

50. Ver Drone sobre direitos autorais, p. 121, 289, 290.

5. A VERACIDADE DA MATÉRIA PUBLICADA NÃO OFERECE DEFESA

Obviamente, este ramo do direito não deve se preocupar com a veracidade ou falsidade das matérias publicadas. Não é por lesão ao caráter do indivíduo que se busca reparação ou prevenção, e sim por lesão ao direito à privacidade. Para os primeiros, leis contra a difamação talvez forneçam uma proteção suficiente. Este último implica o direito não apenas de impedir a representação imprecisa da vida privada, mas de impedir que ela seja retratada em absoluto⁵¹.

6. A AUSÊNCIA DE "MALÍCIA" NO EDITOR NÃO OFERECE DEFESA

A malícia pessoal não é um elemento da ofensa mais do que é em um caso comum de ilícito contra a pessoa ou contra a propriedade. Tal malícia nunca é necessária para ser demonstrada em uma ação por difamação ou calúnia no *common law*, exceto na refutação de alguma defesa, por exemplo, que a ocasião tornou a comunicação privilegiada, ou, de acordo com os estatutos deste Estado e de outros, que a declaração reclamada era verdade. A invasão da privacidade a ser protegida é igualmente completa e lesiva, independentemente dos motivos pelos quais o locutor ou o escritor foram acionados, sejam eles culpáveis ou não; assim como o dano ao caráter e, em certa medida, a tendência a provocar a ruptura da paz, é igualmente o resultado da difamação, independentemente dos motivos que levaram à sua publicação. Vista como um dano ao indivíduo, esta regra é a mesma que permeia todo o direito de responsabilidade civil, pelo qual se responsabiliza por seus atos intencionais, ainda que tenham sido cometidos sem intenção; e considerada como um mal para a sociedade, é o mesmo princípio adotado em uma ampla categoria de delitos previstos em lei.

Os remédios para a violação do direito à privacidade são também sugeridos pelos aplicados nas legislações referentes à difamação e na lei de propriedade literária e artística, a saber:

1. Uma ação de responsabilidade civil por danos em todos os casos⁵². Mesmo na ausência de danos especiais, uma indenização substancial poderia ser permitida por ofensa aos sentimentos como na ação de difamação ou calúnia.
2. Uma obrigação de fazer ou não fazer, talvez em uma classe muito limitada de casos⁵³.

51. Compare a lei francesa. "En prohibant l'envahissement de la vie privée, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'intention criminelle, la loi a entendue interdire toute discussion de la part de la défense sur la vérité des faits. Le remède été pire que le mal, si un débat avait pu s'engager sur ce terrain." (Circ. Mins. Just., 4 juin 1868. Rivière Code Français et Lois Usuelles, App. Code Pen. 20 n(a).)

52. Comp. Drone on Copyright, p. 107.

53. Comp. High on Injunctions, 3. ed., § 1015; Townshend on Libel and Slander, 4. ed., §§ 417a-417d.

Sem dúvida, seria desejável que a privacidade do indivíduo recebesse a proteção adicional do direito penal, mas para isso seria necessária uma legislação⁵⁴. Talvez fosse apropriado trazer a responsabilidade criminal por tal publicação dentro de limites mais estreitos; todavia, que a comunidade tem interesse em prevenir tais invasões de privacidade, suficientemente forte para justificar a introdução de tal remédio, não se pode duvidar. Ainda assim, a proteção da sociedade deve vir principalmente por meio do reconhecimento dos direitos do indivíduo. Cada homem é responsável apenas por seus próprios atos e omissões. Se ele tolera o que reprova, com uma arma em mãos igual à sua defesa, ele é responsável pelos resultados. Se ele resistir, a opinião pública irá apoiá-lo. Ele tem então tal arma? Acredita-se que o *common law* lhe fornece uma, forjado no fogo lento dos séculos, e hoje adequadamente temperada à sua mão. O *common law* sempre reconheceu a casa de um homem como seu castelo, inexpugnável, muitas vezes, até mesmo para seus próprios oficiais envolvidos na execução de seu comando. Devem os tribunais fechar a porta da frente para a autoridade constituída e abrir a porta dos fundos para a curiosidade ociosa ou lasciva?

BOSTON, dezembro de 1890.

54. O seguinte projeto de lei foi preparado por William H. Dunbar, Esq., da Ordem dos Advogados de Boston, como sugestão para uma possível legislação:

“SEÇÃO 1. Quem publicar em qualquer jornal, magazine, revista ou outra publicação periódica, qualquer declaração sobre a vida privada ou assuntos de outro, após ser solicitado por escrito por essa outra pessoa a não publicar tal declaração ou qualquer declaração a respeito dele, será punido com prisão na prisão estadual não superior a cinco anos, ou prisão na cadeia não superior a dois anos, ou multa não superior a mil dólares; desde que nenhuma declaração relativa à conduta de qualquer pessoa ou às qualificações de qualquer pessoa para um cargo ou cargo público que tal pessoa ocupe, tenha ocupado ou esteja procurando obter, ou para o qual tal pessoa seja no momento da tal publicação um candidato, ou para o qual ele ou ela é então sugerido como candidato, e nenhuma declaração de ou sobre os atos de qualquer pessoa em seu negócio, profissional ou vocação, e nenhuma declaração relativa a qualquer pessoa em relação a um posição, profissão, negócio ou vocação, trazendo tal pessoa proeminente perante o público, ou em relação às qualificações para tal posição, negócio, profissão ou vocação de qualquer pessoa proeminente ou buscando destaque perante o público, e nenhuma declaração relacionada a qualquer ato feito por qualquer pessoa em um lugar público, nem qualquer outra declaração de assunto que seja de interesse público e geral, deve ser considerada uma declaração sobre a vida privada ou assuntos de tal pessoa dentro do significado deste ato.”

“SEÇ. 2. Não será uma defesa para qualquer processo criminal instaurado na seção 1 desta lei que a declaração denunciada é verdadeira, ou que tal declaração foi publicada sem intenção maliciosa; mas nenhuma pessoa será passível de punição por qualquer declaração publicada em tais circunstâncias que, se fosse difamatória, sua publicação seria privilegiada.”



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Civil

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- A autodeterminação informativa como manifestação do direito à privacidade, de Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias e Bricio Luis da Anunciação Melo – *RDCC*37/51-75.