

A TUTELA DA PRIVACIDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Danilo Doneda¹

A proteção atribuída à privacidade pelo Código Civil de 2002 realizou-se no bojo do capítulo referente aos direitos da personalidade e com atenção ao tratamento jurisprudencial que o tema vinha recebendo - não destoando, portanto, da técnica de atualização utilizada pelo legislador em diversas outras ocasiões.

A privacidade é componente essencial da formação da pessoa. A sutil definição do que é exposto ou não sobre alguém, do que se quer tornar público ou o que se quer esconder, ou a quem se deseja revelar algo, mais do que meramente uma preferência ou capricho, define propriamente o que é um indivíduo - quais suas fronteiras com os demais, qual seu grau de interação e comunicação com seus conhecidos, seus familiares e todos os demais.

Há, de início, uma série demasiadamente complexa de nuances que definem o que há se considerar privado em uma dada ocasião, tanto que a salvaguarda que o legislador fornece ao cidadão ao início do artigo 21 do CC2002 - “A vida privada da pessoa natural é inviolável...” - acaba por ser muito menos um imperativo do que um elemento a ser sopesado dentre outros para que se verifique sua real extensão. Uma breve análise do significado da privacidade em nosso ordenamento a partir de suas bases normativas será o objetivo deste ensaio.

A emanção de um valor na redação do artigo 21 do CC2002 se evidencia, quanto menos, pelo vigor demonstrado pela determinação em se considerar inviolável a vida privada. A inviolabilidade é, tradicionalmente, atributo dos direitos da personalidade, ao lado de outros como a irrenunciabilidade, imprescritibilidade e intransmissibilidade², que acabam por compor um perfil muito específico para este instituto, justamente por estar tão próximo à finalidade última do ordenamento jurídico - a proteção da pessoa humana.

O repúdio à violação da vida privada, apesar da sua ressonância como mandamento e regra geral, não é algo que se pode qualificar concretamente com facilidade, o acaba amenizando o caráter absoluto - e, portanto, algo retórico - que aparentemente possui a norma. Tal se dá justamente pelas características do problema a ser enfrentado: a que propriamente reporta a “vida privada” referida no artigo em questão?

¹ Mestre e doutor em direito civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

² Sobre o tema, v. Adriano de Cupis. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

Na menção feita pelo CC2002 à “vida privada”, sente-se de imediato o eco da disposição constitucional de proteção à vida privada, presente no artigo 5º, X da Constituição Federal - que, literalmente, protege não somente esta como também a intimidade, a hora e a imagem.

A profusão de termos dos quais a doutrina brasileira se utiliza para representar a privacidade, propriamente ou não, é considerável; além de "privacidade" propriamente dito, podem ser lembrados a vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, reserva, intimidade da vida privada, e outros menos utilizados, como “privatividade” e “privaticidade”, por exemplo. A doutrina estrangeira, que aponta para várias alternativas certamente contribui³ a induzir juristas brasileiros a experimentar diversas alternativas.

A verdade é que a falta de uma definição “âncora”, que reflita uma consolidação do seu tratamento semântico, não é um problema localizado da doutrina brasileira⁴: tome-se, por exemplo, a doutrina norte-americana, que conta com um vocábulo consolidado (*privacy*) e que faz referência a um vasto número de situações, muitas das quais a tradição da *civil law* não relacionaria com a privacidade. Não se trata meramente de uma contraposição entre o modelo de *common law* e o de *civil law*: argumente-se neste sentido que as concepções do *right to privacy* variam consideravelmente entre os EUA e o Reino Unido, por exemplo⁵, e que os países com tradição de *civil law* em regra percorreram caminhos próprios neste sentido, antes que pudéssemos considerar uma recente tendência à unificação de seu conteúdo⁶.

Diversos ordenamentos seguiram seus próprios caminhos ao tratar da privacidade, visto que entravam em terreno onde as particularidades de cada sociedade eram determinantes. Disso resultaram diferenças consideráveis de concepção⁷: dentro da etiqueta da privacidade se

3 A *privacy* norte-americana, o *droit au secret de la vie privée* ou simplesmente *la protection de la vie privée* na França; o *diritto alla riservatezza* (ou a *segretezza*) na Itália (ou mesmo a *privacy*, termo usado no país); a reserva da intimidade da vida privada (Portugal); o *Derecho a la intimidad* na Espanha; a noção da *Die Privatsphäre*, que divide a autonomia individual e a vida social, presente na doutrina da Alemanha; a *integritet* da Suécia, que compreende a noção pela qual as pessoas têm direito de serem julgadas de acordo com um perfil completo e fiel de suas personalidade; são algumas das designações utilizadas para se referir ao complexo de interesses que remetem ao termo *privacidade*.

4 Mencione-se de passagem que, em 1972 no Reino Unido, o *Younger Committee on Privacy* (presidido pelo parlamentar Kenneth Younger, daí o nome), chamado a opinar sobre como garantir a privacidade dos súditos britânicos, recomendou que não fosse adotado um direito à privacidade em termos gerais, justamente pela dificuldade em definir o que este direito protegeria. James Michael. *Privacy and human rights*. UNESCO / Dartmouth Publishing: Guildford, 1994, p. 1.

5 v. Raymond Wacks. *Personal information*. Oxford: Carendon Press, 1989, pp. 39-42.

6 A unificação de normas referentes à privacidade vem sendo bastante discutido nas últimas décadas e é possível identificar uma tendência à uniformização, ao menos de um conteúdo mínimo – o que foi realizado pela Diretiva 46/95/CE dentro da União Européia, por exemplo. Em doutrina, o britânico Colin Bennett avança uma tendência à convergência das normas de diversos países em tema de privacidade e proteção de dados. Colin Bennett. *Regulating privacy, Data protection and public policy in Europe and the United States*, Ithaca: Cornell University Press, 1992.

7 “Grande parte dos problemas com o conceito de *privacy* têm a ver com uma *esclarecimento teleológico* e conceitual insuficiente ou, pelo menos, incapaz de resistir à tendência para se colocar sobre a alçada da 'privacidade' coisas que não têm a ver com ela. Impõe-se, por isso, pelo menos tentar colocar uma

enfileiraram estruturas voltadas para finalidades distantes entre si, como por exemplo a proteção contra a publicação de retratos sem consentimento do retratado; o direito a abortar; o sigilo profissional; a inviolabilidade do domicílio e tantas outras.

Assim, insinua-se que a privacidade é um termo que se presta a ser funcionalizado para finalidades nem sempre diretamente relacionáveis entre si. Não raro dela se utiliza para suprir necessidades estruturais do ordenamento jurídico, assumindo sentido em função de demandas e características de um dado momento e dificultando ainda mais a sua redução a um sentido comum⁸. Estabelecer este sentido comum não deixou de ser um desafio para os juristas desde que se propôs a questão, com o agravante adicional que são os maus presságios lançados aos que se aventurassem na busca pelo que foi denominada por André Vitalis de *définition introuvable*⁹, François Rigaux de *L'impossible définition*¹⁰, Ken Gormley de *talismanic word*¹¹, entre outros¹² – a definição de privacidade.

O real problema, no entanto, reside menos na definição em si do que na determinação do que se espera desta definição. O contexto em que se tenta definir a privacidade não raro é reduzido a uma perspectiva epistemológica conceitualística, que visa (por vezes sem a consciência disto), em primeiro lugar, à coesão do sistema, operando precisamente através de um processo de generalização do qual a individuação de um conceito dogmático é seu ápice. Vale o alerta de Pietro Perlingieri a respeito desta conceitualística mais estrita, de que “o perigo é grave: a ciência do direito elaborada sobre o geral torna-se abstrata; o jurista não vai mais ao particular da vida e da experiência, e seus livros nascem predominantemente a partir da reflexão sobre outros livros”¹³.

barragem à essa tendência”. Paulo Mota Pinto. “O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”. in: *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 69, 1993, p. 506.

8 Usemos como ilustração o caso do direito norte-americano e o influente artigo de William L. Prosser, “Privacy”, no qual o autor analisa a jurisprudência norte-americana até a década de 1950 para concluir pela existência de 4 tipos distintos de ações, cada qual relacionada com um aspecto da privacidade: “[W]hat has emerged from the decisions is no simple matter. It is not one tort, but a complex of four. The law of privacy comprises four different interests of the plaintiff, which are tied together by the common name, but otherwise have nothing in common except that each represents an interference with the right of the plaintiff, in the phrase coined by Judge Cooley, 'to be let alone'”, William Prosser. “Privacy”, in: 48 *California Law Review* 383 (1960), p. 389.

9 André Vitalis. *Informatique, pouvoie et libertés*, Paris: Economica, 1988, pp. 151-152.

10 “Il est donc impossible – et, au surplus, inutile – de définir la vie privée”. François Rigaux. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruylant: Bruxelles, 1990, p. 725.

11 Com certo exagero poético: “With the zeal of astronomers seeking to name a previously evasive star in the constellation, legal theoreticians walking in the footsteps of Warren and Brandeis have searched mightily for a single definition, a satisfying string of words, to pin down privacy on the revolving map of jurisprudence, in order to give it certainty of a location and a degree of predictability”. Ken Gormley. “One hundred years of privacy”, in: *Wisconsin Law Review* 1335 (1992), p. 1337.

12 Poderíamos mencionar ainda a *obscurity of privacy*, identificada por Raymond Wacks: “The long search for a definition of 'privacy' has produced a continuing debate that is often sterile and, ultimately, futile. (...) The 'right to privacy' has come a long way since its original formulation as a protection against gossip. It has grown so large that it now threatens to devour itself”, in: Raymond Wacks. *The protection of privacy*. London: Sweet & Maxwell, 1980, pp. 10-12.

13 Pietro Perlingieri. “Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare”, in: *Tendenze e metodi della civilistica italiana*. Napoli: ESI, 1979, pp. 10-ss.

De todo modo, uma grande diversidade de opiniões e tentativas de definição da privacidade, da qual já foi dito ser *the most comprehensive of men's rights*¹⁴, se avolumam, seja pela dificuldade metodológica em definir um ponto de vista comum sobre a questão como pela tentação em fazê-la abranger um leque demasiadamente amplo de situações¹⁵. É paradigmático que mesmo um ponto de partida corriqueiro, que é a menção a um “direito a ser deixado só”, tantas vezes apontada como sendo a definição de Warren e Brandeis, não é de todo exata: em seu célebre artigo *The right to privacy*, os autores em nenhum momento definem estritamente o *right to privacy*. A associação que geralmente é feita do artigo com o *right to be let alone* deve ser relativizada: esta é uma citação da obra do magistrado norte-americano Thomas Cooley¹⁶, que os autores não chegam em nenhum momento a afirmar que traduziria propriamente o conteúdo do direito à privacidade¹⁷ - ou seja, Warren e Brandeis trabalharam com uma perspectiva aberta de *privacy*.

Preferimos afirmar que esta indefinição deve ser tomada mais como uma característica intrínseca da matéria do que como um defeito ou obstáculo. Afinal, não é absolutamente raro à ciência do Direito a lida com conceitos de alto grau de indeterminação - algo aliás absolutamente normal em se tratando de tema cuja sujeição a condicionantes culturais, históricos e sociais é tão pronunciado.

Sobre este ponto, notava Jürgen Habermas que termos como “privado” ou “esfera pública” - e a estes nós poderíamos acrescentar “privacidade” - “denunciam uma variedade de significados correntes. Que remetem a diversas fases históricas e, uma vez aplicados sincronamente às relações da sociedade burguesa industrialmente avançada e organizada na forma do Estado, originam equívocos”¹⁸. O mesmo Habermas notava, em 1961, uma incapacidade não só do direito, porém também da sociologia e da política em substituir termos como “privado” e “público” por outros mais precisos¹⁹. Cabe considerar, portanto, tal indeterminação como uma característica ontológica da própria construção da esfera privada que pode ajudar a nortear o nosso campo de estudo²⁰.

14 Assim afirmou Louis Brandeis, então juiz da Suprema Corte norte-americana, em sua opinião divergente (*dissent*) do caso *Olmstead v. United States* (277 U.S. 438).

15 Alguns autores, como Scoglio, alertam para o perigo do *reducionismo* em definições estreitas de privacidade. Para o autor, tais definições costumam isolar apenas um dos vários aspectos da privacidade, opondo-se às concepções *holísticas* da privacidade, que a abrangem na sua complexa multiplicidade. Stefano Scoglio. *Privacy. Diritto filosofia storia*. Roma: Riuniti, 1994, p. 31.

16 v. *supra*.

17 “Brandeis and Warren never equated the right to privacy with the right to be let alone; the article implied that the right to privacy is a special case of the later.” Ruth Gavison. “Privacy and the limits of law”, in: 89 *Yale Law Journal* 421 (1980), p. 437; v. tb. Robert Reilly. “Conceptual Foundations of Privacy: Looking Backward Before Stepping Forward”, 6 *Richmond Journal of Law and Technology*, Fall 1999, disponível em: <law.richmond.edu/jolt> (02/01/2004), § 10.

18 Jürgen Habermas. *Storia e critica della opinione pubblica*, Bari: Laterza, 1974 [ed. br. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984], p. 11.

19 *idem*.

20 Teresa Negreiros, por exemplo, apoiando-se em Karl Popper, chegou a uma conclusão assemelhada ao tratar do termo “princípio”: de que a falta de precisão quanto ao seu significado não é um mal a ser corrigido porém “um componente de sua significação”. Teresa Negreiros. *Fundamentos para uma interpretação*

O vocábulo "privacidade", em si, possui raiz latina (o verbo *privare*, cuja forma adjetiva é *privatus*). Não obstante, sua utilização atual é em grande parte tributária do seu intenso emprego na língua inglesa²¹ – o que faz com que muitos hoje a representem como um anglicismo. De fato, o vigoroso desenvolvimento do termo *privacy* na língua inglesa não teve paralelo em idiomas latinos, ao menos como um substantivo simples²² – basta mencionar que no século XVI a literatura inglesa já utilizava amplamente o termo²³.

A incursão na etimologia do termo privacidade não é, no entanto, possível em detalhe nesta sede, tendo os breves acenos apenas a função de ilustrar uma ausência de densidade semântica da terminologia relacionada à privacidade e à esfera privada em geral. Neste contexto, é necessário passar ao marco normativo concreto que, em nosso caso, é o mais significativo e aquele em torno do irão efetivamente afluir as discussões sobre o sentido e alcance da privacidade em nosso ordenamento. Conforme já referimos, a Constituição Federal de 1988, ao se ocupar do assunto, incluiu entre as garantias e direitos fundamentais de seu artigo 5º a proteção da “intimidade” e da “vida privada” (inciso X), deixando claro que a proteção da pessoa humana abrange estes aspectos. Utilizou estes dois termos (além de “honra” e “imagem”), cabendo ao intérprete a sua determinação. Em ressonância com o constituinte, o legislador do CC2002 estabeleceu igualmente uma proteção à “vida privada”.

A opção dos legisladores possui justificativa no desenvolvimento legislativo²⁴, histórico e doutrinário mais recente. Nela ecoa, por exemplo, a doutrina de Hubmann, constantemente referida, que utiliza um esquema de esferas concêntricas para representar os diferentes graus de manifestação do sentimento de privacidade: a esfera da intimidade ou do segredo (*Intimsphäre*); a esfera privada (*Privatsphäre*) e, em torno delas, a esfera pessoal, que abrangeria a vida pública (*Öffentlichkeit*)²⁵.

constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 105.

21 O dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, por exemplo, reconhece a sua raiz latina bem como a influência da língua inglesa.

22 Da língua árabe, por sua vez e somente a título exemplificativo, temos a informação de que ela não conta com qualquer palavra ou expressão equivalente à *privacy*. Fadwa El Guindi. *Veil. Modesty, privacy and resistance*. Oxford: Berg, 1999, p. 81.

23 A palavra *privacy* foi utilizada mais de uma vez pelo próprio Shakespeare; no entanto, aparece com maior destaque em outros autores, como Keats (1795-1821), em *The Eve of St. Agnes*: "Which was, to lead him, in close secrecy / Even to Madeline's chamber, and there hide / Him in a closet, of such privacy / That he might see her beauty unespied, / And win perhaps that night a peerless bride (...)" ; ou, posteriormente, por Emily Dickinson (1830-1886), em *Nature*: "To my quick ear the leaves conferred; / The bushes they were bells; / I could not find a privacy / From Nature's sentinels".

24 O Código Penal de 1969 introduziu a figura da *violação da intimidade da vida privada*, em seu artigo 161, de seguinte redação: "Violar, mediante processo técnico, o direito à intimidade da vida privada ou o direito ao resguardo das palavras ou discursos que não foram pronunciados publicamente". Também a antiga Lei de Imprensa, (Lei 5.250/67), ao tratar da responsabilidade civil, afirma no § 1º. do art. 49 que, em casos de calúnia e difamação, a prova da verdade excluirá o dever de indenizar, "salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão do interesse público".

25. Esta distinção foi adotada, e por vezes um pouco transformada, por doutrinadores em diversos países. Heinrich Hubmann. "Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion", 1957, p. 524, ID, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2a. ed., Köln/Graz, 1967, §34, pp. 268-271 *apud* Paulo Mota Pinto. "A proteção da vida

Tal teoria, que hoje chega a ser referida pela própria doutrina alemã como a teoria da "pessoa como uma cebola passiva"²⁶, foi desenvolvida e posteriormente perdeu a sua centralidade nesta matéria após uma célebre sentença proferida em 1983 pelo Tribunal Constitucional Alemão²⁷.

A terminologia da Constituição brasileira há ser lida em função do contexto no qual se encontram os direitos fundamentais que visa proteger. Neste prisma, não é frutífero insistir em uma conceitualística que intensifique as conotações e diferenças semânticas entre “intimidade” e “vida privada”, como se por esta via passasse a resolução dos problemas atuais da privacidade - relacionados à informação. Não deixa de ser verdade que cada um destes termos possui um campo semântico próprio: na “vida privada” há o discurso que proclama a distinção entre as coisas da vida pública e da vida privada, no estabelecimento de limites, numa lógica que também é de exclusão. Corre-se o risco de induzir a um pensamento moldado em torno de uma dicotomia entre público e privado; entre interesses públicos e privados, indicativo de uma escolha ideológica que ameaça afastar a idéia de um ordenamento jurídico unitário e ordenado em torno de uma tábua axiológica comum²⁸.

O outro termo utilizado pelo constituinte, “intimidade”, provavelmente tributário da influência do direito Ibérico, aparenta referir-se a eventos mais particulares e pessoais, a uma atmosfera de confiança. Evoca, mais do que outra coisa, o aspecto do direito à tranqüilidade, do *right to be let alone*. Avaliar tal amplitude com a consistência necessária ao discurso jurídico, porém, não nos parece possível a partir da distinção lingüística, senão por meio de artifícios retóricos. Ainda, o próprio vocábulo em si apresenta uma forte conotação emotiva que dificulta sua objetivação – conforme Antonio-Henrique Pérez Luño, “as noções de intimidade e vida privada trazem consigo uma carga emotiva que as faz equívocas, ambíguas e dificulta a precisão de seu

privada e a Constituição”. in: *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, v. LXXVI, 2000, p. 163; e Rita Cabral. *O direito à intimidade da vida privada*. Lisboa: Fac. de Direito de Lisboa, 1988, p. 30.

26 Herbert Burkert. "Privacy-Data Protection - A German/European Perspective", in: *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*. Christoph Engel; Kenneth Keller (ed.). Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 46.

27 A sentença determinou a ilicitude de diversos itens da Lei do Censo, de 1982, que atentariam diretamente contra o direito geral da personalidade – *allgemeines Persönlichkeitsrecht* -, relacionados tanto à coleta como ao tratamento de informações pessoais nos termos propostos pelo censo. Em suas considerações, a teoria das esferas não se demonstrou uma boa guia em um cenário no qual os problemas relacionados à privacidade eram também problemas relacionados à informação automatizada e às suas dinâmicas próprias - corroendo a eficácia de uma construção teórica baseada em pressuposições sobre níveis de intimidade e privacidade e categorias específicas de atos e dados capazes de irromper até tais níveis. Conforme se lê na sentença, "não se pode levar em consideração somente a natureza das informações; são determinantes, porém, a sua necessidade e utilização. Estas dependem em parte da finalidade para a qual a coleta de dados é destinada, e de outra parte, da possibilidade de elaboração e de conexão próprias da tecnologia da informação. Nesta situação, um dado que, em si, não aparenta possuir nenhuma importância, pode adquirir um novo valor; portanto, nas atuais condições do processamento automático de dados, não existe mais um dado 'sem importância'". Vittorio Frosini. *Contributi ad un diritto dell'informazione*. Napoli: Liguori, 1991, pp. 128-129.

28 cf. Pietro Perlingieri. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: ESI, 1984, pp. 11-16.

significado”²⁹.

É necessário refinar a questão. Isto porque, em última análise, tais termos podem ser integrados através da atividade interpretativa e, neste sentido, autorizada doutrina reconhece a identidade própria de cada um deles e propõe a atuação de suas respectivas particularidades³⁰. É forçoso questionar se tal exegese é realmente necessária.

A verdadeira questão que a terminologia constitucional nos propõe é a seguinte: Se foram utilizados de fato dois termos diversos, estaríamos diante de duas hipóteses diversas que devem ser valoradas de formas diferentes? Responderemos que não, pelos seguintes motivos: (i) a ausência de uma clara determinação terminológica na doutrina e jurisprudência, além do fato de ser a primeira vez que o tema ganhou assento constitucional, podem ter sugerido ao legislador optar pelo excesso e referir ambas as expressões mais correntes relacionadas à privacidade, até pelo temor de reduzir a aplicabilidade da norma; (ii) a discussão dogmática sobre os limites entre ambos os conceitos, visto o alto grau de subjetividade que encerra, desviaria o foco do problema principal, que é a aplicação do direito fundamental em questão, em sua emanção constitucional³¹.

Certamente a doutrina é, em sua maioria, sensível à necessidade de construir um sistema capaz de abarcar a amplitude da problemática da privacidade e, para isso, se utiliza dos diversos vocábulos. Porém essa não é seguramente a única forma de fazê-lo - a complexidade do problema continua sendo maior do que a graduação binária proposta - e acrescentamos não ser a melhor por confiar em uma escolha semântica que carece de clareza.

Os termos "vida privada" e "intimidade" fazem menção específica a determinadas amplitudes do desenvolvimento da proteção da privacidade, como a teoria dos círculos concêntricos de Hubmann, que apresentaram maior importância em um determinado contexto e momento histórico. Aplicá-las à atual problemática dos dados pessoais, por exemplo, somente poderia ser feito com um raciocínio extensivo – o que, por si só, mitigaria os pressupostos de sua existência.

Utilizar o termo privacidade parece a opção mais razoável e eficaz. O termo é específico o suficiente³² para distinguir-se de outros termos com os quais eventualmente deve medir-se, como a

29 Antonio-Henrique Pérez Luño. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 327.

30 v. José Adércio Leite Sampaio. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp. 269-274.

31 Paulo Mota Pinto, ao comentar a preferência de parte da doutrina portuguesa pelas teorias que distinguem entre “círculos” de proteção da pessoa, afirma que “(...) para além de não facilitar uma clara demarcação do conteúdo do direito fundamental em questão, esta distinção apenas poderá ser utilizada para graduar a gravidade da ofensa (...)”. Paulo Mota Pinto. “A proteção da vida privada e a Constituição”, in: *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. LXXVI, 2000, p. 162.

32 “O uso do anglicismo “privacidade” no direito brasileiro permite uma largueza de acepções incomum: *grosso modo*, poderia ser considerado uma “palavra-ônibus”. Não só seu alcance é privilegiado; seu uso também remedia a excessiva identificação com significados específicos que acomete outros termos”. Bruno Lewicki. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24. Além de “palavra-ônibus”, a privacidade já foi classificada similarmente como “noção guarda-chuva”: “Se può apparire persino intuitivo considerare che col ricorso al termine *privacy* si intende sempre far riferimento

imagem, honra ou a identidade pessoal; e também é claro bastante para especificar seu conteúdo, efeito da sua atualidade. Mas esta escolha não surge somente da fragilidade das demais; ela revela-se por si só a mais adequada – por unificar os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada.

Sinais de sua aceitação pelos juristas brasileiros podem ser constatados na jurisprudência³³, além da doutrina mais recente³⁴.

Um outro aspecto merecedor de atenção na abordagem que o CC2002 dispensa à proteção da privacidade é referente à sua tutela. Tutela que, a um observador apenas ocasional dos desenvolvimentos dos direitos da personalidade, pode parecer encerrar-se na responsabilidade civil: afinal, a menção constitucional já examinada a insere em um conjunto de direitos (direito à imagem e honra) cuja composição de interesses tradicionalmente - e com certo alarde - é finalizada com o pagamento de uma indenização.

A tutela remedial típica da Responsabilidade Civil é, sem sombra de dúvidas, um dos instrumentos entre outros a serem utilizados para a tutela da privacidade. Enfatize-se, no entanto, que a responsabilidade civil não pode ser considerada como a única estrutura ou nem mesmo sequer

ad una *nozione-ombrello (...)*”, in: Claudio De Giacomo. *Diritto, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 16 (destaques nossos).

33 O STF utiliza freqüentemente o termo “privacidade” nas ocasiões em que conhece da temática. Vide, por exemplo, o acórdão do Mandado de Segurança n. 23639/DF, julgado pelo tribunal pleno do STF no dia 16/11/2000 e relatado pelo Ministro Celso de Mello (D.J. 16/02/2000, p. 91), no qual, ao observar um caso de escuta telefônica indevida, menciona-se uma “eventual ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas”, ou, mais recentemente, o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 655298, em cuja ementa lê-se que “O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade garantido pela Constituição de 1988 ...” (DO 28/09/2007. p. 57). Na jurisprudência do STJ encontramos idêntica tendência: vide o Recurso Especial nº 306570/SP, rel. Min. Eliana Calmon (D.J. 18/02/2002, p. 340): “O contribuinte ou o titular da conta bancária tem direito à privacidade em relação aos seus dados pessoais (...);” ou então o Recurso Especial nº 58101/SP, rel. César Asfor Rocha (D.J. 09/03/1998, p. 326): “É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem (...).”

34 Como em: “O direito à privacidade consiste em tutela indispensável ao exercício da cidadania”. Gustavo Tepedino. “Informação e privacidade”, in: *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 473. É emblemática e importantíssima a posição de José Afonso da Silva que, ao analisar o art. 5º, X da Constituição Federal, prefere utilizar o termo *direito à privacidade*, justamente por preferir um termo mais genérico e amplo, “de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 209. Também René Ariel Dotti, tendo tratado, em uma das obras percussoras nas letras jurídicas brasileiras, da *Proteção da vida privada e liberdade de informação* (São Paulo: RT, 1980), utiliza o termo “privacidade” no seu sentido genérico (“Tutela jurídica da privacidade”, in: *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo, Saraiva, 1982, pp. 333-352). Em um viés pragmático, que percebe a inoperância da distinção entre os termos constitucionais, percebe-se: “A necessidade de proteção da privacidade, termo aqui utilizado em sentido lato, englobando, pois, tanto a intimidade quanto a vida privada dos cidadãos, (...)”. Também Ana Paula Gambogi Carvalho é taxativa quanto à utilização do termo “privacidade”, afirmando que a diferenciação entre os dois termos na Constituição “apresenta uma reduzida importância, uma vez que os efeitos jurídicos da violação da intimidade e da vida privada são idênticos”. Ana Paula Gambogi Carvalho. “O consumidor e o direito à autodeterminação informacional”, in: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 46, abril-junho 2003, pp. 77-119.

o eixo principal em torno do qual a tutela da privacidade deva moldar-se. Consideradas, por exemplo, as particularidades dos bancos de dados informatizados, cuja utilização em larga escala faz com que a temática da privacidade mais e mais nestes esteja concentrada³⁵, faltam à responsabilidade civil os instrumentos adequados à realização da função promocional da tutela da privacidade como meio de proteção da pessoa humana e da atuação da cláusula geral da proteção da personalidade³⁶.

A tutela da privacidade através da responsabilidade civil é uma opção real em uma série de hipóteses, porém por si só não é capaz de abranger a complexidade que a proteção de dados agregou ao tema da privacidade. O risco real é que, observada sob o prisma da responsabilidade civil, a privacidade e a proteção de dados continuem a ser encaradas como liberdades negativas.

A tutela da privacidade como uma liberdade negativa - uma tentação a ser evitada pelo intérprete que entenda a “inviolabilidade da vida privada” referida no mencionado artigo 21 do CC2002 meramente em termos de um dever de abstenção -desconsidera tanto a evolução tecnológica que modificou os termos nos quais a questão da privacidade se expressa, como o alcance normativo da Constituição que, ao considerar a privacidade em seu aspecto positivo, destaca sua função promocional. Para tal, deve-se lançar mão de outros institutos.

O legislador brasileiro, de certa forma, reconheceu que a natureza específica da tutela da privacidade necessita de uma tutela no mínimo particular, tanto é que o próprio artigo 21 do CC2002 estabelece que o juiz, “... a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Note-se a referência às "medidas necessárias", isto é, a uma possibilidade explícita de estabelecer o meio mais adequado de tutela para a privacidade que, muitas vezes, pode encontrar meios mais eficazes do que a compensação econômica para sua proteção específica. O que não implica em afirmar que a responsabilidade civil não tenha uma importância primordial para a proteção de dados pessoais. Tanto o tem que uma doutrina que proclama a existência de um "risco informático"³⁷ qualifica que atividades como as de coleta, tratamento e transmissão de dados pessoais são atividade de risco que, segundo a disciplina da responsabilidade civil em nosso ordenamento, pode ser considerada abrangida pelo regime da responsabilidade objetiva do art. 927, parágrafo único do Código Civil.

³⁵ Sobre o tema v. Danilo Doneda. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *passim*.

³⁶ Gustavo Tepedino. "A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro", in: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 47-49.

³⁷ "A possibilidade de acumular informações em quantidade ilimitada, de confronta-las e agrega-las entre si, de armazená-las imediatamente em uma memória indefectível, de objetiva-la e transmiti-la como uma mercadoria, permite um novo poder de domínio social sobre o indivíduo, o poder informático". Vittorio Frosini. *Informatica, diritto e società*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 190. Consequência de um tal poder é a ampliação do risco em que o seu exercício implica.

Além disso, várias legislações estrangeiras estabelecem uma política específica em relação à responsabilidade civil nesta matéria, por exemplo pela presunção de solidariedade entre os vários sujeitos que interferem na utilização da informação pessoal em um banco de dados – o proprietário do banco de dados, o administrador, o pessoal técnico responsável pelo tratamento e assim por diante³⁸. Tais atividades são ainda reguladas por normas e códigos de conduta específicos, úteis para fazer atuar o princípio da precaução e minimizar a ocorrência de danos referentes aos dados pessoais, por exemplo.

A responsabilidade civil tem, portanto, função de destaque na disciplina de proteção de dados pessoais, principalmente se houver a definição de casos específicos de responsabilidade objetiva - vide que a imensa dificuldade na demonstração do dano é um dos problemas clássicos enfrentados pela consolidação da tutela da privacidade. Assim, uma disciplina de responsabilidade objetiva específica para o setor de tratamento de dados pessoais pode ser um instrumento essencial, tanto para a satisfação de interesses lesados como para fomentar uma determinada cultura de respeito às informações pessoais nas atividades que impliquem no tratamento destas.

Observe-se ainda a necessidade de instrumentos que integrem a tutela para além da responsabilidade civil como, por exemplo, meios eficazes para garantir o direito de acesso, retificação e cancelamento de informações em bancos de dados, ou mesmo de uma instância de controle que seja responsável pela verificação de que os tratamentos de dados ocorrem em conformidade com a lei. Isto porque a utilização da responsabilidade civil nestes casos é muito prejudicada por uma característica peculiar do dano causado pelo tratamento abusivo de dados pessoais: ele pode ser opaco, quase invisível, pois o dano em si pode se diluir em várias manifestações sem que o prejudicado se dê conta de seu nexos específico com o tratamento de seus dados pessoais. Tome-se por exemplo uma negativa de um empréstimo bancário baseada em uma avaliação da capacidade de endividamento do solicitante que utilizou dados pessoais coletados de forma abusiva, ou que não correspondiam à realidade, sem que o solicitante sequer tenha a consciência de que tais dados falsos estavam sendo levados em conta. Ou igualmente em outras situações, como a de uma apólice de seguro-saúde de uma pessoa que pode eventualmente ser mais restritiva para ela do que para as demais pelo fato da seguradora ter tido acesso às suas informações genéticas que atestam uma propensão para o desenvolvimento de uma determinada patologia, dificultando o acesso à saúde em relação às demais pessoas.

Enfim, a natureza do problema da tutela da privacidade requer uma solução de política do direito que assegure a maior eficácia possível à proteção de dados pessoais dentro do espectro de

³⁸ Tal é o caso de diversas normativas europeias cuja base normativa comum é a Diretiva 95/46/CE sobre Proteção de dados.

questões levantadas pelo tratamento de informações pessoais em bancos de dados automatizados. Para isto, o marco legislativo da codificação da temática da privacidade pelo CC2002 representa pouco mais do que uma referência, longe de refletir o perfil da realidade subjacente à temática. Para uma concreta composição desta, devem ser levados em consideração todos os fatores envolvidos, como a importância estratégica que a privacidade e a informação representam para o desenvolvimento da personalidade, além da necessidade de tratar do problema com instrumentos específicos, capazes de operar dentro da complexidade do panorama tecnológico e pessoal no qual se desenrolam.