



Maria Regina Pinto Guimarães

**Responsabilidade civil na proteção de
dados da pessoa humana**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção de grau de Mestre em Direito pelo Programa
de Pós-Graduação em Direito do Departamento de
Direito da PUC-Rio.

Orientadora: Professora Maria Celina Bodin
de Moraes

Rio de Janeiro
Abril de 2022



Maria Regina Pinto Guimarães

**Responsabilidade civil na proteção de
dados da pessoa humana**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção de grau de Mestre em Direito pelo Programa
de Pós-Graduação em Direito do Departamento de
Direito da PUC-Rio.

Profa. Maria Celina Bodin de Moraes

Orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profa. Kelly Cristine Baião Sampaio

Departamento de Direito – UFJF

Profa. Caitlin Sampaio Mulholland

Departamento de Direito – PUC-Rio

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização do autor, do orientador e da universidade.

Maria Regina Pinto Guimarães

Graduou-se em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior (2001). Pós-graduação em Direito Civil - Constitucional: obrigações e contratos pelo Instituto Doctum de Educação e Tecnologia – Faculdade de Direito de Leopoldina (2005). É professora de cursos de graduação em Direito. Advogada.

Ficha Catalográfica

Guimarães, Maria Regina Pinto

Responsabilidade civil na proteção de dados da pessoa humana / Maria Regina Pinto Guimarães; orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes. – 2022. 190 f.; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. LGPD. 3. Proteção de dados pessoais. 4. Responsabilidade civil. 5. Tutela preventiva. I. Moraes, Maria Celina Bodin de. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

A Bernardo, com todo o meu amor.

Agradecimentos

Em um discurso, Luiz Roberto Barroso disse: “Ninguém é bom demais, ninguém é bom sozinho, e é preciso agradecer”! Agradecer é compartilhar alegrias, e sou grata a muitas, muitas pessoas. Embora as palavras não expressem com precisão os sentimentos, as que seguem, e que tenho por ora, vão carregadas de afeto.

À PUC-Rio, professoras Márcia Nina, Thula Pires, Betânia Assy, Adriana Vidal, Caitlin Mulholland; professores Adriano Pilatti, Renato Lessa, Francisco Guimaraens, Fábio Leite, Adrian Sgarbi, Noel Struchiner, Antonio Pele, por me proporcionarem conhecimento refinado. Sou grata por tudo que aprendi.

À minha orientadora, Maria Celina Bodin de Moraes, a quem considero uma amiga, agradeço a paciência, a inspiração, os ensinamentos, toda a gentileza que a mim dispensou desde os nossos primeiros contatos. Pessoa simplesmente incrível, humana e com tamanha sabedoria. Gratidão sempre, por tanto e por tudo.

À professora Caitlin Mulholland, uma grandeza, cuja inteligência, leveza, alegria lapidaram meus conhecimentos nessa caminhada, e especialmente a quem devo o tema desta dissertação e o caminho a ser seguido. Gratidão, professora Caitlin!

À amiga Kelly Cristine Baião Sampaio, que me despertou para a academia e me ensinou muita coisa. Sou grata pela amizade, pelo cuidado e carinho.

Ao amigo Victor Freitas Lopes Nunes, jovem professor, pela paciência, pelas palavras de apoio, pelo auxílio por ocasião do ingresso no mestrado, pelas inúmeras contribuições para a realização deste trabalho; meu carinho e gratidão não caberão em palavras.

Ao amigo João Fernando Vieira da Silva pelos constantes incentivos, pela confiança, pelo apoio e carinho sempre. Gratidão!

A minha família: minha mãe, Natália; meu pai, Pedrinho, que, na simplicidade, conseguiram educar 12 filhos/as; grande exemplo de integridade, coragem, esperança, amor. Às minhas irmãs e aos meus irmãos, que sempre me estimularam, e pelo carinho incondicional. A Bernardo, meu filho amado, minha alegria, meu tudo. A meu marido, Fernando, pela espera e pelo amor. Demais familiares pela torcida e pelas alegrias compartilhadas.

À minha amiga e comadre, Cynthia Ferreira, por me ensinar a ser mais “desagarrada” e persistir sempre.

Às minhas colegas e aos meus colegas de turma pela companhia, ainda que *on-line*.

A todos aqueles que, de alguma forma, me ajudaram a perseverar.

A vocês, sou muito grata.

Resumo

Guimarães, Maria Regina Pinto; Bodin de Moraes, Maria Celina. **Responsabilidade civil na proteção de dados da pessoa humana**. Rio de Janeiro, 2022, 188p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

A dissertação analisa o sistema de responsabilidade civil previsto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). No cenário das novas tecnologias na Sociedade da Informação, a proteção de dados assume enorme relevância e exige tutela específica, para além da privacidade e da autodeterminação informativa. O objetivo do sistema desenvolvido pela LGPD foi o de estabelecer regras e limites para determinar como os dados pessoais devem ser tratados a fim de prevenir e evitar ocorrências de danos. Com o objetivo da prevenção, além do ressarcimento, a lei não entabulou expressamente a natureza da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais, se subjetiva ou objetiva. Pretendeu-se neste trabalho responder à seguinte questão: de que modo está articulada a dinâmica da responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais? A hipótese deste estudo considera que compreender a normativa atinente à responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais não passa, necessariamente, pela escolha entre as espécies tradicionais de responsabilidade civil, se subjetiva ou objetiva. Considerou, ao contrário, que o legislador da LGPD criou um sistema novo de responsabilização, de tipo preventivo-precautório, com vistas a assegurar de modo primordial a garantia da privacidade dos dados pessoais, o que nem mesmo poderia se realizar plenamente no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assumiu, portanto, importância fundamental a função preventiva da responsabilidade civil no sentido de que os danos devem ser evitados, de modo a cumprir o objetivo constitucional de solidariedade social e concretizar os valores existenciais. Esta análise tem caráter eminentemente compreensivo com enfoque qualitativo, tendo em vista que parte da interpretação constitucionalizada da responsabilidade civil ante a atualização de seu fundamento como instituto essencial de proteção e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Palavras-Chave:

LGPD; proteção de dados pessoais; responsabilidade civil; tutela preventiva.

Abstract

Guimarães, Maria Regina Pinto; Bodin de Moraes, Maria Celina. **Civil liability in the protection of human data**. Rio de Janeiro, 2022, 188p. Master's Thesis - Department of Law, Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro (PUC-Rio).

The dissertation analyzes the system of civil liability provided for in the General Law for the Protection of Personal Data (LGPD). In the scenario of new technologies in the Information Society, data protection is of enormous relevance and requires specific protection and privacy and informational self-determination. The object of the system developed by the LGPD was to determine rules and limits to determine how personal data should be treated to prevent and prevent damage. With the objective of prevention, in addition to reimbursement, the law has not expressly implied the nature of the civil liability of agents of personal data processing, whether subjective or objective. This paper aims to answer the following question: how are the dynamics of civil liability articulated in the General Law for the Protection of Personal Data? The hypothesis of this study considers that understanding the norms related to civil liability in the General Law on the Protection of Personal Data does not necessarily pass through the choice between traditional types of civil liability, whether subjective or objective. It considered, on the contrary, that the LGPD legislature created a new system of accountability, of a preventive-precautionary type, intending to guarantee the privacy of personal data, which could not even be fully realized in the traditional profile of compensation for damage. The preventive function of civil liability has assumed fundamental importance in that damages must be avoided to meet the constitutional objective of social solidarity and achieve existential values. This analysis has an eminently comprehensive character with a qualitative focus, considering that part of the constitutionalized interpretation of civil liability before updating its foundation as an essential instance for the protection and promotion of the fundamental rights of the human person.

Keywords

LGPD; protection of personal data; civil liability; preventive protection.

Sumário

1. Introdução	11
2. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a proteção da pessoa	20
2.1. O Primado da pessoa e sua dignidade	20
2.2. Transformações da privacidade: “do direito a ficar só” para o direito à autodeterminação informativa e além	30
2.3. Circulação das informações e a tutela jurídica dos dados pessoais: a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais como marco legal na estruturação da proteção de dados no Brasil	46
2.3.1. Aspectos do Regulamento Geral 2016/679 de Proteção de Dados da União Europeia	47
2.3.2. Aspectos da proteção de dados no Direito brasileiro e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais	52
2.3.3 Elementos conceituais da proteção de dados na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais	63
3. Conceitos fundamentais de responsabilidade civil na proteção de dados pessoais	77
3.1. O papel da responsabilidade civil na proteção da dignidade da pessoa	77
3.2. O dano e sua identificação	85
3.3. Sobre fatores de atribuição de responsabilidade	99
3.4. O nexo causal	111
4. Um sistema novo de responsabilização na proteção de dados da pessoa humana	123
4.1. Argumentos a favor da responsabilidade civil subjetiva: por que a responsabilidade civil subjetiva na proteção de dados?	123
4.2. Argumentos a favor da responsabilidade civil objetiva: por que não responsabilidade civil objetiva na proteção de dados?	136

4.3. Argumentos a favor da responsabilização “proativa”: por que não responsabilização “proativa” na proteção de dados?	150
5. Conclusão	164
6. Referências bibliográficas	172

1.

Introdução

No debate contemporâneo acerca da responsabilidade civil, muito se tem falado das profundas mudanças por que esta passou nas últimas décadas. De fato, a disciplina da responsabilidade civil deslocou sua ênfase da punição ao ofensor para uma preocupação com a vítima do dano e seus interesses. Além disso, a responsabilização não é mais, sempre e necessariamente, decorrente de um ato ilícito, uma vez que a atenção se volta para a reparação de um dano injusto – ou seja, um dano que é injustificado que a vítima suporte. Em decorrência disso, admite formas diferenciadas de atribuição de responsabilidade.

Tais mudanças começaram a ocorrer a partir da constatação da insuficiência do paradigma da culpa, o que permitiu a evolução para a responsabilização independentemente de culpa, sendo que também a própria noção de culpa acabou por ser alterada. Em consequência, houve a ampliação das hipóteses de danos ressarcíveis, em virtude da alteração do paradigma da pessoa e sua tutela ampliada como exigência cada vez maior do princípio da dignidade da pessoa determinado constitucionalmente (CF, art. 1º, III), verdadeira cláusula geral apta a promover e defender a pessoa em todas as suas dimensões. Tudo isso se consolidou no princípio atual segundo o qual “a vítima não pode ficar irressarcida”.

Nessa medida, a funcionalização da responsabilidade civil às finalidades superiores consagradas na Constituição gerou uma renovada releitura de seus tradicionais elementos e, nessa perspectiva renovada, a responsabilidade civil assume a função de mecanismo de proteção dos direitos da pessoa. Nessa escolha de tutela da pessoa humana, o desenvolvimento de novas tecnologias, presentes na sociedade de informação, desafia a teoria da responsabilidade civil para dar conta

do alcance da gravidade dos danos que se podem produzir e demanda novos instrumentos capazes não apenas de integralmente reparar danos injustos, que, não raro, irão ocorrer, mas também de prevenir os riscos de dano para favorecer a proteção integral da pessoa no campo da proteção dos dados pessoais.

A par disso, o presente trabalho de dissertação se ocupa de um dos principais temas discutidos na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei n. 13.709/2018, que trata da responsabilidade civil na proteção de dados pessoais. Isso porque o sistema de responsabilidade civil da LGPD, previsto nos artigos 42 a 45, sob o título “Da Responsabilidade e dos Ressarcimentos dos Danos,” da seção III do Capítulo IV, mostra-se diferenciado, uma vez que aponta diversos instrumentos e ferramentas voltados à prevenção de danos, como forma de endereçar, sobretudo, as determinações dos princípios nela estabelecidos, além da obrigação de ressarcir os danos eventualmente causados. Contudo, a opção do legislador, ao não deixar exposto o regime de responsabilidade civil, se a responsabilização do agente é objetiva ou subjetiva, inaugurou intenso debate doutrinário e diferentes caminhos interpretativos nesse campo.

De fato, as novas tecnologias estão mudando as estruturas das sociedades contemporâneas, na medida em que a grande maioria das interações humanas ocorrem a partir de dados pessoais, em que as pessoas são avaliadas, identificadas, reconhecidas, em grande medida por sistemas que se valem de correlações ou inferências, não raro automatizadas. A preocupação atual vai muito além da privacidade, porque o controle sobre esses dados passa a ser pressuposto para a garantia do exercício de outros direitos fundamentais. Com efeito, como já, há muito, advertiu Stefano Rodotà (2008, p.19), a “proteção de dados é uma expressão de liberdade e dignidade pessoais e, com tal, não se deve tolerar que um dado seja usado de modo a transformar um indivíduo em objeto de vigilância constante”.

O Brasil adotou posição semelhante à de outros países que já haviam regulamentado a proteção de dados - destacando-se que, no modelo europeu de proteção de dados, encontra-se a principal influência que inspirou a LGPD, em especial o Regulamento Europeu de Proteção de dados da União Europeia, 2016/279, em vigor desde maio de 2018, sem se olvidar da influência da legislação brasileira também nas normas da LGPD, como, por exemplo, o Código de Defesa

do Consumidor. Em linha com a reconhecida função promocional do direito, a LGPD consolida marco legal na estruturação da proteção de dados pessoais no Brasil, com o objetivo de garantir que referido tratamento aconteça com respeito aos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. Isso deve se dar com a adoção de vários instrumentos vocacionados a diminuir os riscos de lesão, ante a consideração de que nenhum dado é insignificante, uma vez que remete ao titular dos dados pessoais, merecedor de tutela de sua privacidade, sobretudo dados sensíveis, em razão da maior potencialidade de utilização com finalidades discriminatórias.

A normativa de tutela dos dados é formatada para que os agentes sejam levados a realizar o tratamento de dados com transparência e segurança. Dessa maneira, o sistema de responsabilidade civil da LGPD encontra-se vinculado, entre outros, ao princípio da responsabilização e prestação de contas. A lei buscou determinar regras e limites para definir como os dados pessoais devem ser tratados a fim de prevenir e evitar ocorrências de danos e capazes de reforçar a garantia dos direitos dos titulares de dados. Isto porque numa sociedade em que os dados estão em movimento incessantes, diversas são as possibilidades de concretização de situações danosas, como, por exemplo, utilização discriminatória e abusiva, dados coletados para uma determinada finalidade e utilizados com propósitos diferentes, incidentes de insegurança.

A importância da proteção de dados é tamanha que esta foi inserida de forma expressa na Constituição Brasileira de 1988 como direito fundamental autônomo (art. 5º, LXXIX), por força da Emenda Constitucional nº 115, em vigor desde fevereiro de 2022, embora a perspectiva civil-constitucional já considerasse o caráter fundamental da proteção de dados pessoais. Esta “enquanto decorrência da cláusula geral de tutela da pessoa humana e do direito à privacidade é requisito essencial da democracia” (Mulholland, 2018, p.173).

Nesse sentido, considerando que as dificuldades que envolvem o tema não são poucas, esta proposta almeja, pois, compreender de que modo está articulada a dinâmica da responsabilidade civil na LGPD. O tema que aqui será tratado tem relevância, diante da importância da LGPD para a proteção da pessoa e do direito fundamental à proteção de dados pessoais, devendo-se, à luz dos valores

constitucionais, extrair suas potencialidades à tutela da dignidade. Dessa maneira, no debate acerca da responsabilidade na LGPD, tem fundamental importância o trabalho doutrinário, que, debruçado sobre a novidade legislativa, apresenta importantes soluções interpretativas, no intuito de encontrar respostas adequadas às demandas concretas de tutela da pessoa humana nesse campo

Com isso, podem-se destacar argumentos no sentido de que o legislador da LGPD acolheu a responsabilidade civil subjetiva, seja por um tratamento irregular de dados, seja por incidentes de insegurança¹. Outra posição é a dos que argumentam pela adoção de uma responsabilização objetiva², guardadas evidentemente as particularidades do pensamento de cada um de seus defensores. Há também posição que, embora sustente a preferência do legislador pela responsabilidade civil subjetiva, não afasta a responsabilidade civil objetiva³. E ainda se identificam argumentos em favor de uma responsabilização dita proativa⁴,

¹ Entre outros: Gudes, Gisela Sampaio da Cruz, Meireles, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. In: Tepedino, Gustavo; Frazão, Ana; Oliva, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020. Cots, Márcio; Oliveira, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. 3ª Edição. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020. Tepedino, Gustavo, Terra, Aline, Guedes, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil. Responsabilidade civil**. Vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 2020. Bioni, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/responsabilidade-civil-na-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2021.

² Doneda, Danilo, Mendes, Laura Schertel, Reflexões iniciais sobre a nova lei geral de proteção de dados. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 120, ano 27, nov-dez/2018, p. 469-483, São Paulo: Revista dos Tribunais. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020. Mulholland, Caitlin Sampaio. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). In: Rosenvald, Nelson; Martins, Guilherme Magalhães (Coords.). **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. São Paulo: Editora Foco, 2020.

³ Schreiber, Anderson. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: Doneda, Danilo; Mendes, Laura Schertel, RODRIGUES Jr., Rodrigo. Sarlet, Ingo Wolfgang (coords.). Bioni, Bruno (coord. executivo). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Dos agentes de tratamento de dados pessoais. In: Maldonado, Viviane Nóbrega; Blun, Renato Opce (Coords.). **LGPD: Lei Geral de proteção de dados comentada**. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2019, p. 326-327.

⁴ Moraes, Maria Celina Bodin. LGPD: um novo regime de responsabilização dito proativo. **Editórial à Civilística.com**. Rio de Janeiro: a.8, n. 3, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2020/04/Editorial-civilistica.com-a.8.n.3.2019-2.pdf>. Acesso em: 05 de set. de 2020. MORAES, Maria Celina Bodin, Queiroz, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilidade proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. **Cadernos Adenauer XX** (2019), nº 3, Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2019. ISBN 978-85-7504-4

nem subjetiva, nem objetiva, na medida em que evidencia na LGPD um sistema amplo de responsabilização, que privilegia uma ideia dirigida à prevenção, para além do ressarcimento, impondo-se um agir proativo por parte dos agentes e a implementação de uma série de medidas voltadas precisamente para a proteção da vítima potencial.

O problema da responsabilidade consiste basicamente em verificar as condições às quais quem deve suportar os custos pelos danos sofridos na vida social, servindo como instrumento de tutela dos valores primordiais do ordenamento. Na esfera da proteção de dados, não será simples resolver os problemas interpretativos que decorrem da tarefa de identificar a responsabilidade civil na LGPD e que remetem a outro problema, o da segurança jurídica no processo de interpretação-aplicação.

Se não há dúvidas acerca da importância da proteção de dados e sobre os riscos inerentes a sua utilização, o legislador, por outro lado, não foi claro ao dispor sobre a responsabilização por danos dos agentes de tratamento de dados. Dessa maneira, perquirir sobre a aptidão da responsabilidade civil para responder aos problemas suscitados pela coleta e pelo processamento de dados impõe reflexão que vai além dos regimes de responsabilidade civil. Nessa linha, a busca pelos fundamentos para a tutela das vítimas de danos injustos no tratamento de dados deve-se basear no ordenamento em sua unidade e complexidade, segundo critérios fundados nos valores constitucionais, e não desunida da ordem jurídica anterior.

Diante desse cenário, embora o legislador não tenha estabelecido expressamente a natureza da responsabilidade dos agentes de tratamento de dados, e diante da questão proposta, acredita-se, como hipótese, que compreender a normativa da responsabilidade civil articulada na LGPD não seja necessariamente responder qual a espécie de responsabilidade adotada, mas, talvez, de uma maneira que não imperiosamente está atrelada às teorias tradicionais da responsabilidade civil. Cabe, portanto, investigar se a LGPD atrai o regime da responsabilidade civil subjetiva e afasta o regime objetivo, ou o contrário; e em qual medida. Talvez, nem objetivo, nem subjetivo, porque o legislador foi além na prevenção, e, na falta de uma resposta objetiva, fica a cargo da doutrina essa árdua tarefa; e ao aplicador cabe

dar densidade normativa a tais dispositivos, realizando assim o princípio da solidariedade constitucional e dignidade humana.

A investigação proposta tem como marco teórico o direito civil-constitucional, perspectiva metodológica que introduz a importância da releitura de institutos tradicionais do direito privado e dá lugar à proteção integral da pessoa humana. Sob tal ótica, a partir da cláusula geral de tutela da pessoa humana, tem-se a prevalência das situações existenciais face às relações patrimoniais, a preocupação com a historicidade e relatividade na interpretação e aplicação do direito e precedência da função dos institutos em relação à sua estrutura. Nessa perspectiva, a responsabilidade civil deve ser compreendida, uma vez que se configura essencial para a tutela da dignidade da pessoa.

Para alcançar o objetivo central, apresentam-se como objetivos específicos destacar a LGPD como importante instrumento para a tutela da pessoa na sociedade de informação; compreender a proteção de dados pessoais para além da privacidade e da autodeterminação informativa; considerar a LGPD como marco legal da estrutura de proteção de dados brasileira, analisando-se os principais eixos; analisar os conceitos fundamentais de responsabilidade civil na proteção de dados; compreender o sistema novo de responsabilização civil da LGPD.

Para tanto, no aspecto metodológico, este estudo tem caráter eminentemente jurídico-compreensivo, já que a problemática se desenvolve em diferentes aspectos e, para compreendê-la como um todo, deve-se analisar cada perspectiva para que se chegue ao que foi proposto. O enfoque é qualitativo, pois envolve a análise de conteúdo a partir dos dados extraídos da análise bibliográfica. O estudo proposto volta-se às fontes secundárias, notadamente, bibliográficas e documentais, tendo em vista que se pretende compreender a dinâmica da responsabilidade articulada na LGPD.

A estruturação da dissertação encontra-se subdividida em apenas três capítulos. No Capítulo 2, a abordagem passa pelos conceitos centrais à proposta, que parte do reconhecimento do primado da dignidade consagrado no art. 1º, III da Constituição Federal, verdadeira cláusula geral de respeito e tutela da dignidade da pessoa humana, eixo valorativo da normativa posta à proteção de dados pessoais

ante o especial propósito do legislador de tutelar as dimensões existenciais da pessoa humana.

A partir dessa premissa, passa-se à consideração da proteção de dados pessoais para além da privacidade e da autodeterminação informativa, aspectos fundamentais autônomos – mas que se complementam – e essenciais para o exercício de outros direitos, diante das novas tecnologias. Estas propiciam formas extraordinárias de apreensão e divulgação de dados pessoais e, na mesma medida, o risco de violações dos direitos da pessoa humana, que tem o direito de determinar as modalidades de construção da esfera privada na sua totalidade e de ter controle contínuo e prolongado no tempo sobre suas próprias informações, seus próprios dados.

Por fim, aborda-se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais como marco legal na estruturação da proteção de dados no Brasil. Inicialmente, indicam-se aspectos de maior relevância relacionados ao tema da responsabilidade na proteção de dados do Regulamento Geral 276/2016 de proteção de dados da União Europeia (RGPD), em vigor desde 2018, dada a reconhecida inspiração da lei brasileira com base nesse regulamento.

Em seguida, apresenta-se o contexto pátrio por meio de legislação setorial já existente, que, embora pouco sistematizada, mas com conteúdo significativo, foi formatando elementos para essa proteção e também influenciou a regulação geral por meio da LGPD. Esta permite analisar os principais conceitos e elementos da proteção de dados que têm relevância no que concerne ao tema da responsabilidade civil, tais como conceito e categorias de dado pessoal, titular dos dados, agentes de tratamento de dados, atividades de tratamento de dados pessoais e princípios na proteção de dados.

O Capítulo 3 é dedicado aos conceitos fundamentais de responsabilidade civil na proteção de dados pessoais e principia abordando o papel da responsabilidade civil na contemporaneidade, que, na ordem civil constitucional, deve levar em conta a atualização de seu fundamento como mecanismo de proteção e promoção da pessoa humana. Princípios antes alheios à disciplina da responsabilidade civil, como dignidade da pessoa humana, solidariedade social, moldam os seus novos

contornos. Com essa consideração, examinam-se os elementos tradicionais da responsabilidade civil que permitem imputar a obrigação de indenizar - dano, nexo causal, fatores de atribuição de responsabilidade - e verificar de que forma concretamente se apresentam para a solução de questões relevantes aos contornos do direito à proteção de dados, inclusive decisões judiciais decorrentes de casos que começaram a chegar nos tribunais pátrios.

No Capítulo 4, diante das apresentações feitas nos dois primeiros capítulos, aborda-se especificamente o sistema de responsabilidade civil delineado na LGPD. Investiga-se o debate doutrinário acerca da responsabilidade na proteção de dados, identificando-se as vertentes interpretativas e seus principais argumentos. A par disso, busca-se compreender esse sistema de responsabilização na proteção de dados da pessoa humana, o que não leva necessariamente a responder qual a espécie de responsabilidade adotada, atrelada ou não às teorias tradicionais da responsabilidade civil.

Assim, em uma ótica solidarista e com vistas à proteção à pessoa humana, pode-se dizer que, se o legislador da LGPD optou pelo regime subjetivo de responsabilidade, como querem alguns, não afasta a responsabilização objetiva, a partir de uma interpretação coerente de suas disposições e que só faz sentido se realizada em harmonia com a normativa que compõe o sistema jurídico, especialmente as normas constitucionais, de modo a assegurar a máxima tutela da pessoa humana e o livre desenvolvimento de sua personalidade.

A normativa de tutela dos dados pessoais é centrada na atividade de tratamento de dados e a consideração da responsabilidade dos agentes deve levar em conta todos os danos injustamente sofridos por qualquer pessoa lesada, podendo-se vincular objetivamente a obrigação de indenizar, presente o nexo causal, com a atividade desenvolvida, assim cumprindo o objetivo constitucional de solidariedade social, através da ampla proteção aos lesados.

Sugere-se assim o reconhecimento de uma responsabilização, de tipo preventivo-precautória, uma vez que esse sistema novo se dirige, antes de tudo, à realização de deveres de responsabilidade voltados à eliminação prévia de riscos de lesões, tendo em vista que incorpora novos instrumentos de garantia aos direitos e liberdades dos titulares de dados. Assume importância uma função preventiva, com

particular atenção às situações existenciais que podem ser atingidas. Essa dimensão há de ser compreendida na noção contemporânea de responsabilidade, cabendo ao ordenamento fazer de tudo para que o dano não aconteça, tornando-se nessa medida ainda mais efetiva a tutela dos direitos da pessoa e sua dignidade.

2.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a proteção da pessoa

Neste capítulo, para uma abordagem mais ampla da Lei geral de proteção de dados pessoais e a proteção da pessoa, serão apresentadas três seções que respaldam essa discussão: 1) O paradigma da pessoa e sua dignidade; 2) Transformações da privacidade: “do direito a ficar só” para o direito à autodeterminação informativa e além e 3) Circulação das informações e a tutela jurídica dos dados pessoais: a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais como marco na estruturação da proteção de dados no Brasil.

2.1.

O paradigma da pessoa e sua dignidade

O ponto de partida deste estudo considera o reconhecimento do primado da dignidade em uma ordem jurídica inspirada na promoção da pessoa humana, premissa que norteia o estudo que se propõe a desenvolver. Passagem indispensável para a compreensão dos novos contornos da privacidade e das dimensões da responsabilidade, institutos jurídicos fundamentais para a tutela da dignidade da pessoa.

Como se sabe, em linha com as constituições do pós-guerra, a Constituição Federal de 1988 protege e respeita a dignidade da pessoa como valor supremo e um dos princípios fundamentais da República democrática (art.1º, III) (Silva, 1998), em uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária, novo paradigma a influenciar toda ordem de relações. A opção preferencial pela dignidade da pessoa põe de lado a contraposição entre privado e público, porque às múltiplas situações atinentes à pessoa humana e sua vida na sociedade deve-se voltar a ordem jurídica e os valores protegidos como um todo (Perlingieri, 2008, p.763).

Esse reconhecimento revela a prevalência da tutela da pessoa humana, considerada a sua dignidade como valor precípua da ordem jurídica social brasileira, que, além de garantir e proteger a dignidade inerente a toda pessoa humana, deve promover as condições para a sua realização. Toda pessoa é merecedora de

igual respeito e consideração por parte da comunidade e do Estado, que devem promover a diversidade e o pluralismo impostos pela Constituição.

Nesses termos, privilegiando as situações existenciais, a pessoa é considerada individualmente, mas também como parte de uma comunidade, porque ela pertence necessariamente a um grupo social, de modo que a consciência da importância do outro, como parte constitutiva de sua existência, conduz à sua coexistência com os demais (Moraes, 2010). Nesse sentido, “é o outro, é o seu olhar, que nos define e nos forma” (Eco, 1998, p.44)¹ - é o olhar do outro que nos constitui. Assim, tem-se uma visão mais realista da pessoa concreta, enraizada, que participa de uma teia de relações intersubjetivas constitutivas da sua identidade (Sarmiento, 2016)².

O reconhecimento ³⁻⁴ intersubjetivo é necessário para que as pessoas possam se realizar e desenvolver livremente sua personalidade. Isso mostra que o ser humano é um ser relacional, impondo-se a compreensão de que as pessoas precisam aprender a conviver a partir daquilo que são, considerando as demais. Por conta disso, ao Direito cabe não apenas proteger a pessoa, mas, antes e acima de tudo, garantir seu desenvolvimento em suas mais diversas perspectivas. A despeito da dimensão social e relacional, é preciso garantir à pessoa espaço para a realização de suas escolhas autônomas, sem interferência de qualquer gênero e de estigmatização social, ressaltando, todavia, que não há liberdade sem responsabilidade (Moraes, 2003, p.108).

A pessoa humana, no que difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, há de ser apreciada a partir de sua inserção no meio social, e nunca como uma célula autônoma, um microcosmo cujo destino e cujas atitudes pudessem ser indiferentes às demais. Os direitos só existem para ser exercidos em contextos sociais (Moraes, 2010, p.108).

¹Ainda segundo Eco (1998, p.44): “Toda lei, moral ou jurídica, regula relações interpessoais, inclusive aquelas com um Outro que a impõe”.

² O autor relata que múltiplos foram os fatores que levaram a essa concepção sobre a pessoa humana e acresce que: “Os avanços no campo das Ciências Sociais afastaram definitivamente a compreensão incorpórea e desenraizada de pessoa alentada por alguns filósofos iluministas, ao demonstrarem a importância dos vínculos sociais, da cultura e do ‘olhar do outro’ para a formação da subjetividade” (Sarmiento, 2010, p.50-51).

³ Conforme explicam Assy e Feres Júnior (2006, p.705): “podemos dizer que o conceito filosófico de reconhecimento não significa simplesmente a identificação cognitiva de uma pessoa, mas sim, tendo esse ato como premissa, a atribuição de um valor positivo a essa pessoa, algo próximo do que entendemos por respeito”.

⁴ Sobre o reconhecimento como conteúdo da dignidade humana, ver Sarmiento, 2016, especialmente, p.141-298.

Acerca da importância de se deslocar do sujeito para a pessoa, Rodotà (2017, p.5) pontua ser esta “a categoria que melhor permite evidenciar a vida individual e sua imersão nas relações sociais” (Rodotà, 2017, p.5)⁵. Para o autor, a pessoa qualificada na concreta relação jurídica em que se insere assume especial importância, considerando o que a caracteriza em sua dignidade e pelo que a insere na relação social, assim, “o sujeito abstrato é encarnado na pessoa concreta. Aqui se manifesta uma nova antropologia, que encontrará muitas expressões, sobretudo no novo clima cultural e institucional marcado pela tecnociência” (Rodotà, 2017, p.5). Dessa maneira, a tutela adequada encontra espaço, tendo como referência a pessoa como valor fundamental e não em termos de subjetividade abstrata e geral (Perlingieri, 2008, p.138), reduzida em mero conceito.

Como já salientado em doutrina, “ao contrário do que possa parecer, elevar a dignidade da pessoa humana (e o desenvolvimento de sua personalidade) ao posto máximo do ordenamento jurídico constitui opção metodológica oposta ao individualismo das codificações” (Moraes, 2010, p.248). Evidencia-se, de fato, que, se o individualismo e a ilimitada autonomia atribuída aos indivíduos foram a marca do século XIX, a partir do século XX, sobressai a consciência quanto à centralidade da pessoa e sua dignidade, que marca a transição para o personalismo e solidarismo constitucionais⁶. Isso se deve a fatores sociojurídicos, políticos, são premissas sobre as quais se assenta a reflexão. Destaca-se que a implicação dessa mudança de rumos se reflete na compreensão de que, se o direito existe como uma realidade cultural, deve estar a serviço da pessoa humana, uma vez que se justifica apenas em razão dela.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana reconhecida e protegida pela ordem constitucional é uma norma e por isso deve ser respeitada, o que exige que todos os setores do ordenamento observem seus comandos. À luz desse princípio, deve ser realizada a releitura da normativa ordinária. Ao direito civil, em particular, cabe o compromisso de “restabelecer o primado da pessoa humana em cada

⁵ Ver Rodotà, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Traducción de José Manuel Revuelta. Itália: Editorial Trotta, 2014, Capítulo VI – *Homo Dignus*, p. 169-186.

⁶ Ainda nesse ponto, o autor pontua que a “‘pessoa’ – entendida como conexo existencial em cada indivíduo da estima de si, do cuidado com o outro e da aspiração de viver em instituições justas – é hoje o ponto de confluência de uma pluralidade de culturas, que nela reconhecem a sua própria referência de valores” (Perlingieri, 2008, p.460).

elaboração dogmática e em cada interpretação e aplicação normativas” (Moraes, 2010, p.48), de modo a cumprir os princípios constitucionais voltados à proteção da pessoa. A par da proteção à dignidade e da positivação dos direitos fundamentais, a força normativa da constituição, por meio dos princípios que carregam os valores ético-jurídicos da ordem democrática, altera o fundamento axiológico do direito civil, antes centrado na caracterização do indivíduo neutro, abstrato e pretensamente universal das codificações liberais. Em termos opostos, põe em causa a tutela da dignidade da pessoa humana (Moraes, 2010, p.48)⁷.

Com isso, o direito civil contemporâneo assume relevância acentuada, pois é preciso dar concretude ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana por meio de uma atuação protetiva e de modo desenvolvimento da pessoa, “com especial atenção às exigências a garantir o emergentes como, por exemplo, (...) a privacidade” (Perlingieri, 2008, p.149).

Cabe ressaltar que o princípio da dignidade será identificado em cada situação real concretizadora dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade social e familiar, aspectos estes que substantificam o princípio, conferindo-lhe fundamento jurídico; conteúdos fundamentais afirmados no texto constitucional (Moraes, 2003, p. 85)⁸.

A igualdade postula o “respeito a cada um como um igual” e corresponde ao direito de receber tratamento igualitário, respeito à diferença e tratamento desigual, em situações específicas, objetivando a efetivação de direito. A afirmação da igualdade deve representar a proibição de discriminação injusta. Esse princípio é particularmente importante no campo da proteção de dados pessoais, especialmente em relação a dados sensíveis, na medida em que essa proteção afigura condição para o respeito do próprio princípio da igualdade.

⁷ Afirma Fachin (2012, p.21): “Numa expressão, o Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como ‘serviço da vida’ a partir de uma raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo”.

⁸ Este é o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana elaborado por Maria Celina Bodin de Moraes, por ela referido como substrato material do princípio, tendo em conta a pessoa inserida na comunidade e corresponde aos “subprincípios” da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade social.

A proteção da integridade psicofísica⁹ da pessoa humana, para além da ideia básica de vedação à tortura e de assegurar certas garantias penais à pessoa, serve de fundamento para a salvaguarda de direitos da personalidade, como honra, imagem, privacidade, identidade pessoal; como também de questões oriundas do acelerado desenvolvimento no campo da biotecnologia, como, por exemplo, da privacidade e proteção dos dados genéticos (Moraes, 2003, 86-102).

O princípio da liberdade individual é compreendido cada vez mais no âmbito do direito da pessoa de realizar suas escolhas de vida, seus interesses pessoais, sem interferências, mas desde que existam as condições propiciadoras dessa autodeterminação. Sendo exemplo de situação violadora dessa liberdade “a incapacidade de controle acerca dos próprios dados pessoais” (Moraes, 2003, p.107). A esse respeito, daí se afirmar que a proteção de dados se apresenta, no tempo presente, como um dos aspectos mais importantes da liberdade das pessoas. Porém, o direito da liberdade deverá ser conciliado com o dever de solidariedade social, no sentido de reciprocidade, e deve-se ter como medida a primazia da pessoa e sua dignidade a indicar o sentido que deve sobressair na situação concreta e que realize mais plenamente os valores da pessoa.

Completando o conteúdo do princípio de dignidade, o princípio da solidariedade consubstancia-se por meio de instrumentos que direcionam a posição de cada um com o interesse geral, considerada a igual dignidade social, no sentido de minimizar as distinções entre os sujeitos concretos. Dessa forma, reduzindo as desigualdades, o que é necessário ao pleno desenvolvimento das personalidades e à garantia de “uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos e marginalizados” (Moraes, 2003, p.14), conforme destacado no texto constitucional.

Nesse processo, manifestações infinitas podem se desenrolar tendo em vista as demandas da pessoa diante das questões que esses princípios evocam. Sendo assim, a única constante a ser seguida se encontra na necessidade de

⁹ Conforme Perlingieri (2008, p. 776): “A integridade da pessoa tem uma problemática, pois único é o bem ou interesse protegido. Tanto o perfil físico quanto aquele psíquico constituem componentes indivisíveis da estrutura humana (...): a tutela de um desses perfis se traduz naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual consiste esta tutela é, de regra, útil também para cada um de seus aspectos”.

efetivação, diante dos fatos, da realidade social e dos problemas concretos, da máxima afirmação da dignidade da pessoa humana¹⁰.

Assim, o primado da pessoa humana mostra a insuficiência da consideração abstrata de sujeito de direito. Faz-se necessário o reconhecimento e a tutela da pessoa, concretamente considerada, realçando-lhes as diferenças, especialmente quando se requer isso para a sua tutela integral (Tepedino, 2016, p. 18). Essa consideração é de grande importância na seara da reparação de danos pessoais.

Em consequência do paradigma da pessoa e sua tutela ampliada, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana configura-se em verdadeira cláusula geral, apta a realizar infinitas formas de proteção e promoção da pessoa onde quer que essa necessidade se faça presente. Nesses termos, como se sabe, o princípio da dignidade humana, entre outras funções, é fonte de direitos fundamentais não enumerados no texto constitucional (Sarmiento, 2016, p.84-86) e, de igual modo, apresenta-se a atipicidade dos direitos de personalidade. Em qualquer hipótese, o valor tutelado é idêntico e unitário, a pessoa humana e sua dignidade considerada assim em qualquer relação jurídica de que participe (Tepedino, 2004, p.49)¹¹. Como já se afirmou, a personalidade é, antes, um valor.

A personalidade, portanto, não é um direito, mas, sim, um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz sua incessantemente exigência mutável de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma de um direito subjetivo e não devem fazer com que se perca de vista a unidade do valor

¹⁰ Na lição de Rodotà (2017, p.17): a dignidade “(...) veio a integrar princípios fundamentais já consolidados — liberdade, igualdade, solidariedade —, tornando-se parte deles e impondo a reinterpretação em uma lógica de indivisibilidade. Como a boa ciência exige, a reconstrução global de um sistema demanda que sejam percebidas suas dinâmicas, as formas mediante as quais cada componente redefine todos os outros, dando a cada um deles nova força e vínculos mais sólidos com a sociedade. O *homo dignus* não depende de um princípio que ultrapasse liberdade, igualdade, fraternidade e, assim, de certa maneira, as redimensione. Do entrelaçamento contínuo desses princípios fundamentais, de sua iluminação recíproca, este *homo* recebe maior plenitude de vida e, portanto, mais intensa dignidade humana”.

¹¹ Salienta-se que: “(...) em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda atividade econômica a novos critérios de validade”. Mais adiante, o autor é preciso ao afirmar que “A tutela da personalidade – convém, então, insistir – não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana” (Tepedino, 2004, p.52).

envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas (Perlingieri, 2008, p.764).

Nesse sentido, diante da pluralidade de situações existenciais para a realização da dignidade, não se pode fechar em fórmulas rígidas o valor da pessoa, em todos os seus aspectos e desdobramentos que devam ser tutelados. Daí o reconhecimento de uma cláusula geral a consagrar uma proteção abrangente da personalidade, dando elasticidade ao princípio frente às múltiplas e por vezes emergentes situações em que a pessoa possa se encontrar. Isso independentemente da existência de previsão específica, uma vez que “nenhuma previsão especial poderia ser exaustiva porque deixaria de fora manifestações e exigências da pessoa que, em razão do progresso da sociedade, exigem uma consideração positiva” (Perlingieri, 2008, p.765).

Com isso, o entendimento de que a plena realização da pessoa se perfaz por meio de uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, que assumem relevância e configurações diversas, apreendidas concretamente diante da realidade dos fatos que reclamem tutela jurídica¹², e pode se revelar como instrumento para impedir o desrespeito à dignidade da pessoa humana e direcionar a promoção do livre desenvolvimento de sua personalidade¹³.

A tutela da pessoa humana deve se realizar em todos os aspectos e sua eficácia “não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio lesão-sanção), exigindo-se, ao reverso, instrumentos de promoção do homem” (Tepedino, 2004, p.48-49). Assim, remete-se a uma ótica de proteção que deve ser concebida de forma unitária, tendo em vista o ponto de referência que corresponde à unidade da pessoa e sua dignidade – valor central do ordenamento. Nessa perspectiva, deve-se constatar a inadequação de uma proteção “essencialmente repressivo-

¹² Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.108) pontua: “(...) a personalidade humana não se realiza somente através de direitos subjetivos, mas sim através de uma complexidade de situações jurídicas subjetivas, que podem se apresentar, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado –enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante”

¹³ “A rigor, as previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações. Com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, torna-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular” (Tepedino, 2004, p.37).

ressarcitória” e atentar para exigências de tutela que realizam mais concretamente os valores existenciais privilegiados constitucionalmente (Perlingieri, 2008). Trata-se de um viés não unicamente centrado na reparação, mas que reconhece o papel indutor do Direito, que passa a funcionar como mecanismo que busca conformar condutas antes de sancionar o comportamento desviante.

Afirmada no texto constitucional, a dignidade da pessoa humana altera, assim, do ponto de vista axiológico, normas e institutos em particular das relações privadas. Nessa medida, a tradicional distinção entre situações jurídicas subjetivas existenciais e patrimoniais não se apresenta em termos díspares, estanques, na medida em que podem envolver ao mesmo tempo as duas situações¹⁴. Muitas são as “situações patrimoniais que, por sua estreita ligação com o livre desenvolvimento da pessoa, assumem uma relevância existencial” (Perlingieri, 2008, p.760). Por sua vez, situações jurídicas existenciais, como nas situações personalíssimas com disposição de atributos inerentes, como, por exemplo, imagem, corpo, privacidade, podem envolver aspectos patrimoniais, o que não afasta sua qualificação como situação dita existencial. Daí resulta a necessidade de avaliação no caso específico da função concreta que determinada situação subjetiva desempenha no sentido de se identificar se a realização da pessoa é condição primária e direta.

De qualquer forma, a exigência premente de proteção da dignidade humana, sem cair em tutela paternalista, mas emancipadora com favorecimento de espaços para a realização responsável da autodeterminação pessoal¹⁵, só pode se realizar tomando em conta uma interpretação comprometida a evitar que os interesses patrimoniais comprimam aqueles próprios da pessoa, ou que ensejem situações violadoras de sua dignidade. A qualificação das situações subjetivas também apresenta relevância para o problema da responsabilidade civil.

Recorrendo-se novamente à lição de Pietro Perlingieri (2008, p.77), “pessoa e mercado expressam valores diversos, mas destinados a conviver, onde o valor primário é a pessoa”. De fato, a lógica de mercado não pode legitimar a

¹⁴ Sobre a questão das situações jurídicas que apresentam natureza dúplice e a dificuldade de sua qualificação, com uma abordagem exemplificativa de situações personalíssimas, familiares e biojurídicas, ver Teixeira; Konder, **Situações jurídicas dúplices**: continuando o debate, controvérsias sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade, p.136-160.

¹⁵ Escreve Perlingieri (2008, p.468) que democracia é indissociável da igualdade e da pessoa, na medida em que o princípio democrático se dirige a promover a sociedade da participação e a pessoa sem “excluir a liberdade de cada um construir por si o próprio mundo de relações humanas”.

redução da pessoa e, hoje, das informais pessoais, a mercadoria. Daí reconstruir o sistema segundo o valor da pessoa corresponde a conferir uma tutela qualitativamente diversa às situações patrimoniais porque devem funcionalizar à realização das situações não patrimoniais ou existenciais, a estas cabe uma posição proeminente em relação àquelas.

Nesse contexto de reconhecimento do paradigma da pessoa, representado pela dimensão maior do princípio da dignidade da pessoa humana, opera-se o significativo desenvolvimento e valorização dos direitos da personalidade que, em sua maior parte, encontra previsão expressa no próprio texto constitucional. De igual modo, atribui lugar de destaque aos direitos fundamentais, que também devem ser examinados como expressão do princípio de tutela da pessoa (Perlingieri, 2008).

Torna-se necessário reforçar a importância da perspectiva civil-constitucional, metodologia comprometida com a concretização dos valores existenciais que introduz a relevância da releitura de institutos tradicionais do direito privado pelo filtro constitucional e dá lugar à proteção integral da pessoa humana. Essa perspectiva atribui relevância ao papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado mediante o reconhecimento de seu caráter normativo que se funda no princípio democrático, de maneira a ampliar o espaço atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, uma vez que a pessoa deve ter sua existência tratada com dignidade, não se pode resumir este tratamento às normas relativas aos aspectos patrimoniais, à preocupação com a historicidade e relatividade na interpretação da aplicação do direito e à prioridade da função dos institutos em relação à sua estrutura¹⁶⁻¹⁷.

¹⁶ Conforme Tepedino; Moraes; Lewicki (2003, p.2): “Vale sublinhar algumas premissas essenciais do direito civil constitucional: i) o reconhecimento do direito como realidade cultural, e não como resultado (*rectius*, submissão) da ordem econômica vigente: o direito tem natureza intrínseca promocional e não apenas mantenedora do *status quo* (repressora) e reguladora de divergências; ii) o decisivo predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais, devido à tutela constitucional da dignidade humana; iii) a valorização do perfil funcional em detrimento do perfil estrutural dos institutos jurídicos, impedindo, por esta via, a perpetuação do esquema da subsunção, já completamente superado, e libertando o fato – e juntamente com ele o juiz – dos enquadramentos rígidos em prol da aplicação da normativa mais adequada ao caso concreto; iv) o reconhecimento da historicidade dos institutos, na medida da importância da função que exercem naquela determinada sociedade, naquele determinado momento; v) a relatividade dos princípios, das regras e dos direitos, na medida em que todos exercem sua função em sociedade, isto é, em relação ao outro”.

¹⁷ Registre-se que a perspectiva metodológica civil-constitucional não despreza as características da previsibilidade, segurança jurídica na interpretação e aplicação do direito, em especial do princípio da dignidade humana, uma vez que defende um sistema de justificação das decisões judiciais (CF,

Com essas premissas, somam-se os problemas que a complexidade das relações sociais hoje apresenta à efetividade da proteção da pessoa humana, os quais se consubstanciam sobretudo na célere incorporação à sociedade dos avanços tecnológicos que se desenvolvem e aprimoram cada vez mais rápido e com maior intensidade num mundo que se tornou globalizado e digital. Como registrou Rodotà (2017, p.6),¹⁸ “a revolução da dignidade’ marca um novo tempo, é filha do trágico século XX, abre a era da relação entre pessoa, ciência e tecnologia”. A essa altura Moraes (2008, p.6) pontua que, no lugar da globalização através dos mercados, o autor propõe a globalização através dos direitos.

E assim, na contemporaneidade, amplia-se, portanto, a preocupação com a tutela dos direitos da pessoa concreta, situada, sobretudo frente às novas tecnologias e às transformações que estas trazem, na medida em que geram repercussões em diversas searas. Por isso devem ser objeto de atenção por parte do direito como força de transformação da realidade, reconhecida através de sua função promocional (Bobbio, 2007), tendo sempre como referência a centralidade da pessoa.

Nesse movimento, prevista no atual Código Civil,¹⁹ entre outros direitos da personalidade, e garantida expressamente no texto constitucional, a privacidade ganha especial destaque no escopo de tutela da pessoa, emergindo forte vínculo entre dignidade e privacidade. Com ênfase, já se afirmou em doutrina que a privacidade, entre os aspectos da personalidade, é o que sofreu transformações mais profundas, sem deixar de mencionar que paralelamente à sua tutela, seguiram o reconhecimento e o desenvolvimento de outros direitos da personalidade, como o direito à identidade pessoal.

Importa considerar os avanços tecnológicos e seus impactos na forma como o exercício da privacidade se extrapolou da intimidade e da inviolabilidade do domicílio, da imagem de separação e fechamento no sentido de absoluta

art. 91, IX) que permite o controle de legitimidade do subjetivismo judicial, cujos parâmetros se assentam na moralidade constitucional, com vistas a minorar os problemas ligados ao emprego judicial do princípio e de modo a garantir a sua máxima eficácia.

¹⁸ O autor fala da relevância assumida pela dignidade, legado do constitucionalismo do pós-guerra, a impor “um novo estatuto da pessoa e novo quadro de deveres constitucionais”; dignidade condição de liberdade e igualdade, fundamento da democracia.

¹⁹ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

incomunicabilidade (Perlingieri, 2008). A garantia da privacidade na era tecnológica tornou-se um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, cujos desdobramentos vão desembocar na disciplina mais completa da proteção dos dados pessoais.

2.2.

Transformações da privacidade: “do direito a ficar só” para o direito à autodeterminação informativa e além

O discurso contemporâneo sobre a privacidade, em grande medida, refere-se a questões relacionadas a dados pessoais e à busca de mecanismos que possam assegurar, nesta sociedade da informação e de vigilância, a efetiva tutela da privacidade da pessoa humana, que deve poder ter o controle de seus dados pessoais para desenvolver livremente sua personalidade.

É evidente, de fato, que o acelerado avanço científico e tecnológico e o aumento vertiginoso do fluxo de informações fizeram com que surgisse a necessidade de se ampliar as garantias de proteção da pessoa, sua intimidade e esfera privada, impondo-se novos contornos à privacidade. Isso porque seu conteúdo não mais se limita à noção original de garantia de isolamento e de reserva do indivíduo, mas se expande e alcança novos contornos, na medida em que também muda a percepção da pessoa humana, a evidenciar a vocação expansiva de um conceito que “cada vez mais se confunde com a própria pessoa humana” (Moraes, 2010, p.58).

No campo jurídico, o conteúdo que deu origem ao direito à privacidade, como o “direito a ficar só”, é atribuído ao pensamento forjado no final do século XIX²⁰, nos Estados Unidos, por Warren e Brandeis, sustentando a necessidade de proteção da privacidade como um direito individual²¹. A interpretação leva em conta um caráter exclusivamente liberal e negativo, no sentido de não haver ingerências externas, alheias à esfera individual e de excluir do escrutínio público

²⁰ Adverte Rodotà (2008, p.234) que, “já na metade do século XIX, um escritor, Robert Kerr, descrevia a sociedade da Inglaterra vitoriana fazendo referência a um ‘direito de ser deixado só’, quarenta anos do famoso ensaio de Warren e Brandeis; e analisava o significado da privacidade, identificando sua característica essencial no ‘respeito recíproco e intimidade’”.

²¹ Ver ponderações de Doneda (2019) sobre o artigo de Warren e Brandeis.

informações que interferissem na manutenção dos privilégios de classe (Rodotà, 2008).

Historicamente, associa-se o surgimento da ideia de privacidade a fatores que levaram à “degradação do sistema feudal”, em que o isolamento era privilégio de poucos, e às consequências socioeconômicas operadas pela Revolução Industrial, que possibilitou à classe burguesa, provida das condições materiais, a realização de uma esfera de privacidade (Rodotà, 2008, p.27). Esta identificada com uma perspectiva do indivíduo murado, recluso e autossuficiente, como se não pertencesse a uma comunidade; o sujeito de direito da modernidade²². Nesse contexto, a privacidade foi reconhecida como um direito “típico da classe burguesa”, com referência à chamada “ideia de ouro” da privacidade na segunda metade do século XIX²³.

Nesse sentido, a noção tradicional de privacidade não é algo necessariamente natural, relacionado a cada indivíduo, mas construída numa lógica proprietária de isolamento, de demarcação de espaço particular, em relação aos demais; portanto, resultado histórico de uma certa experiência social. A proteção da esfera da privacidade se baseia no individualismo²⁴ e patrimonialismo por meio da mesma lógica de defesa da propriedade privada diante da ocorrência de esbulho, “usando a lógica do *trespass*, da violação-proteção de uma propriedade (espaço) particular” (Moraes, 2010, p.124).

Essa construção inicial da privacidade traduz a relevância social e política da propriedade privada ao longo dos séculos e seu papel central na cultura dos Estados Unidos, mas não exclusivamente, e ainda sua compreensão como direito subjetivo por excelência, sendo, inclusive, considerada expressão da personalidade

²² Ao tratar da compreensão de antropologia no sentido de que o direito *constrói* figuras sociais, Rodotà (2017, p.4) pontua que, “uma vez que a propriedade é entendida como fundamento da própria liberdade, de acordo com a leitura clássica do liberalismo, é evidente que também se torna a condição de igualdade, e a igualdade na posse é apresentada como fator decisivo para superar as disparidades. O individualismo proprietário caracteriza não apenas a ordem econômica, mas constitui uma antropologia diferente, a do burguês moderno, que implica quase uma constitucionalização da desigualdade”.

²³ Importante observação, e atualíssima, do jurista italiano, segundo o qual essa moderna doutrina da privacidade como o “direito de ser deixado só” “pode assumir um significado imensamente negativo quando isso implica o desinteresse pelas condições de vida dos menos favorecidos, representando o abandono dos mais fracos à violência social” (Rodotà, 2008, p.27-28).

²⁴ Como se sabe, este individualismo encontrou abrigo no Código Civil Francês de 1804, fruto da vitória da burguesia na Revolução de 1789.

do indivíduo. Daí, a associação entre a ideia de uma esfera de intimidade da pessoa com a noção de propriedade privada.

Adicionalmente, analisando essa elaboração do conceito de privacidade, observou-se que “emergiu uma visão na qual a privacidade foi vista também como uma ferramenta de proteção a minorias e opiniões dissonantes e, portanto, à livre manifestação e ao direito de livremente desenvolver a personalidade” (Rodotà, 2008, p. 19), fazendo-se notar uma associação entre privacidade e liberdade.

Nessa trajetória, para além desse seu contexto histórico de origem, a privacidade ganhou relevo em grande parte dos debates sobre a formação desse conceito, conduzindo-se paulatinamente para uma nova compreensão da privacidade como um modo de promover a igualdade, a não discriminação, em busca de afastar sua qualificação e acolhida como instrumento de conotação “elitista” e individualista (Doneda, 2019, p.30)²⁵.

Progressivamente, diante dos riscos decorrentes da coleta e o processamento de dados em larga escala, a aplicação da privacidade passa a alcançar um número mais amplo de pessoas interessadas na proteção de uma esfera privada, e não mais exclusivamente a burguesia, aumentando sua relevância social (Rodotà, 2008). Evidente que o pensamento da privacidade associado à concepção do indivíduo racional isolado, separado dos demais, como “o direito de ficar só”, e baseado em uma tutela negativa, extrapolar-se-ia, porque, sendo a pessoa um ser social por essência, pertence necessariamente a um grupo social.

Nesses termos, apesar da importância histórica da elaboração desse conceito, necessário para evoluir na construção do direito da privacidade, há muito se percebeu sua insuficiência para garantir uma efetiva proteção à pessoa em sua multiplicidade e, sobretudo, frente às novas tecnologias e ao tratamento informatizado dos dados. Isso levou a uma necessária ampliação do conteúdo da privacidade para abarcar novos aspectos de liberdade, como consequência do transcorrer das experiências históricas e das novas exigências sociais (Perlingieri, 2008).

²⁵ O autor acrescenta que ainda hoje, com a privacidade qualificada como um direito fundamental – presente em diversas declarações internacionais de direitos –, aspectos originários de sua conotação individualista ainda se fazem notar.

De fato, é equívoco “pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos, haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos”; antes, cada lugar, em cada época, terá os seus próprios mecanismos”. De modo que “os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar” (Perlingieri, 2019, p.1-2)²⁶, ainda que nominalmente permaneçam os mesmos, priorizando a função de acordo com o momento histórico em que se vive (Perlingieri, 2008)²⁷.

Nesse universo dos desenvolvimentos tecnológicos, da internet, que propiciam formas diversas de divulgação, apreensão, utilização dos dados – e, na mesma medida, potencializadoras de violação da privacidade (Mulholland, 2018)²⁸, “nós somos as nossas próprias informações” expressadas no “corpo eletrônico”, como observou Stefano Rodotà (2003, p.10)²⁹-,³⁰ a induzir uma concepção de privacidade que considere a prevalência de definições mais funcionais, que possam compreender uma teia de possibilidades sempre crescente de diversas situações juridicamente relevantes. Estas fazem referência à possibilidade de um sujeito

²⁶ O autor explica a importância de estudar os institutos, de forma global, nos perfis da estrutura e da função. E acrescenta: “(...) a pergunta mais importante não é feita para saber a estrutura do instituto, mas sim a sua função. Para que ele serve? Por que é ele aplicado a esta realidade? Qual a sua razão justificativa? Qual a sua função?” (p.2).

²⁷ Afirma o autor: “Com o transcorrer das experiências históricas, institutos, conceitos, instrumentos, técnicas jurídicas, embora permaneçam nominalmente idênticos, mudam de função, de forma, que, por vezes, acabam por servir a objetivos diametralmente opostos àqueles originais” (Perlingieri, 2008, p.141).

²⁸ No texto, a autora ainda cita diversos exemplos de utilização de dados como instrumentos de controle, entre eles, o acesso, pela *Standard Innovation* dos dados de utilização do vibrador We-Vibe 4 Plus por seus usuários; e o caso do sistema de *social scoring*, na china, com a finalidade de classificar os cidadãos para acessar serviços públicos.

²⁹ Conforme lição de Rodotà (2003, p.10): “muda a própria percepção da pessoa e de seu corpo. Centenas de milhões de homens e de mulheres têm seu ‘duplo’ eletrônico, que num número crescente de casos condiciona sua existência muito mais do que o corpo físico. Pessoa e corpo eletrônico já pertencem *naturalmente* à dimensão global. As informações que nos dizem respeito, e que representam nossa identidade para todos aqueles que as usam eletronicamente, estão espalhadas num número crescente de bancos de dados nos mais diversos lugares do mundo; nossos rastros eletrônicos são constantemente acompanhados e guardados; os dados sobre a saúde, os dados genéticos decompõem nosso corpo. O novo direito global deve tratar de um ‘indivíduo planetário’, de um ‘corpo distribuído no espaço’”.

Complementando, Rodotà (2008, p.233; 240) pontua que, “sem uma forte tutela do ‘corpo eletrônico’, do conjunto das informações recolhidas a nosso respeito, a própria liberdade pessoal está em perigo e resulta evidente que a privacidade é um instrumento necessário para defender a *sociedade da liberdade* e para se opor às forças que levam à construção de uma sociedade da vigilância, da classificação, da seleção social”. “Todo tratamento de cada dado deve ser considerado como referente ao corpo em seu conjunto, a uma pessoa que deve ser respeitada na sua integridade física e psíquica. Nasce uma nova concepção integral da pessoa, cuja projeção no mundo corresponde o direito ao pleno respeito de um corpo que hoje é, ao mesmo, ‘físico’ e ‘eletrônico’”.

³⁰ “Cada um de nós está presente em uma centena de bancos de dados” (Rodotà, 2008, p.156).

conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas para desenvolver livremente sua personalidade.

Nesse sentido, mais que uma definição fechada, a referência à privacidade exprime um valor orientador, e não um mecanismo de proibição da circulação das informações pessoais, considerando historicamente o contexto social, político e econômico, e emerge forte vínculo com uma série de outros interesses e valores. A privacidade, que não mais se confunde com o que é secreto, passa a ser melhor evidenciada na sequência “pessoa-informação-circulação-controle” e não somente por meio do eixo “pessoa-informação-segreto” (Rodotà, 2008, p.93)³¹, haja vista que mostra a dilatação do conceito para além de sua perspectiva originária individualista, exigindo cada vez mais uma construção social.

Nesse ponto, o autor há muito observou que:

O problema não é adaptar uma noção nascida em outros tempos e em outras terras a uma situação profundamente modificada, respeitando suas raízes e sua lógica de origem. Quem consegue decifrar o debate ora em curso percebe que ele não reflete somente o tema clássico da defesa da privacidade contra as invasões externas, mas realiza uma importante mudança qualitativa, que nos incita a considerar os problemas da privacidade de preferência no quadro da organização do poder, no âmbito do qual justamente a infraestrutura da informação representa hoje um dos correspondentes fundamentais (Rodotà, 2008, 23-24).

É nesse sentido que o jurista italiano, no lugar da privacidade da noção tradicional ligada ao “direito a ficar só”, definiu o conceito como “o direito à autodeterminação informativa” e, mais precisamente, “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular” (Rodotà, 2008, p.15). Assim, a construção da esfera privada pode ser definida “como aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo”; logo, a privacidade hoje “pode ser identificada com a tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e de

³¹ Segundo observa o autor, “não é mais possível considerar os problemas da privacidade somente por meio de um pêndulo “recolhimento” e divulgação”; entre o homem prisioneiro de seus segredos e o homem que nada tem a esconder; entre a “casa-fortaleza”, que glorifica e favorece o egocentrismo, e a “casa vitrine”, que privilegia as trocas sociais; e assim por diante” (Rodotà, 2008, p.25).

estigmatização social, em um quadro caracterizado justamente pela liberdade das escolhas existenciais” (Rodotà, 2008, p. 92-93)³².

Trata-se precisamente de reafirmar a primazia da pessoa humana e de seus valores, da sua liberdade e autonomia, numa associação entre privacidade, dignidade e liberdade. Nas palavras do autor:

No quadro da privacidade, a dignidade é especificada como um conceito que sintetiza os princípios do reconhecimento da personalidade e da não redução da pessoa à mercadoria, do respeito ao outro, da igualdade, da solidariedade, e da não interferência nas escolhas de vida, da possibilidade de agir livremente na esfera pública. À privacidade é estranha a pretensão de impor valores. Não se impõem valores. Colocam-se as premissas para a autonomia e para o respeito recíproco. (...) os poderes públicos não têm somente o dever negativo de abstenção, de não interferências nas esferas individuais. Devem também agir para que existam condições positivas que permitam a cada um viver em condições de dignidade. O direito à privacidade representa exatamente uma destas condições essenciais (Rodotà, 2008, p.237).

Com isso, modifica-se a forma de conceber a privacidade, cada vez mais associada às novas tecnologias, aos bancos de dados pessoais³³, à engenharia genética, entre outros. O direito à privacidade, para além de sua definição clássica, no entanto, sem afastar a importância desse sentido de manter o sigilo de dados relacionados à esfera íntima da pessoa, consubstancia-se em tutela essencial para a livre construção da personalidade e exercício da cidadania. Isso porque possibilita uma efetiva liberdade e igualdade, condição para o exercício das escolhas de vida e da possibilidade de participar livremente na vida política e social.

³² Para o autor (p.109;134), esta atualização do direito à privacidade abrange o direito a não saber, de modo que a participação da pessoa é instrumento de controle sobre o fluxo das informações tanto “na entrada”, manifestando-se como um poder negativo - direito de excluir da própria esfera privada determinada categoria de informações-, como “na saída”. O direito de não saber pode se referir não apenas aos dados sobre a saúde, como as informações genéticas, mas também à oposição a determinadas formas de *marketing* para afastar invasões da esfera privada, como informações, ou materiais não desejados, ou para os quais não se obteve o consentimento previamente. E pontua: “Hoje, a tutela dos dados pessoais não diz respeito somente à divulgação imprópria das nossas informações. Consiste também na defesa da esfera privada contra invasões que violem nosso direito à tranquilidade, eliminem o direito de não saber” (p.245).

³³ Sobre o desenvolvimento da disciplina de proteção de dados, Doneda (2019, p.127) afirma que “os sinais dessa mudança são claros: basta verificar que, a partir da década de 1970, o direito associou cada vez mais a privacidade com casos de informações armazenadas em bancos de dados. A primeira lei norte-americana sobre *privacy* de maior amplitude é, justamente, o *Fair Credit Reporting Act*, de 1971, que regulava escritórios de proteção ao crédito e cadastro de consumidores”.

Com isso, a concepção tradicional da noção de esfera privada³⁴ é enriquecida por um conceito de privacidade dinâmico, voltado “para a interação social e para a promoção da dignidade, cada vez mais dirigida para o que se é, o seu modo de ser e de se relacionar com o mundo, na perspectiva da alteridade” (Moraes, 2010, p.141)³⁵. Em decorrência disso, tem-se a necessidade de garantir uma esfera privada do indivíduo, que possibilite a construção e a preservação da própria individualidade e o livre desenvolvimento da personalidade sem a pressão de ingerências privadas ou públicas e de mecanismos de controle social.

Desse modo, ampliam-se os domínios do objeto da proteção da privacidade, que passam a abranger uma gama sempre crescente de situações jurídicas relevantes. Essa perspectiva dinâmica e funcional de compreender a privacidade revela a mudança na própria percepção da pessoa e a tutela pela ordem jurídica, porque a vida interconectada, digital, se, por um lado, contribui para a construção de uma esfera privada mais diversificada, por outro, a cada vez mais afeta as liberdades fundamentais da pessoa, reduzindo toda a sua complexidade a certos perfis comportamentais e de consumo, apreendidos sem a participação ativa do indivíduo e, o mais das vezes, sem seu conhecimento.

Além disso, cabe ressaltar que esse itinerário experimentado pelo conceito de privacidade a caminho de uma funcionalização marca, de igual modo, o seu desenvolvimento como direito fundamental, que pode se realizar concretamente através da abrangência de uma série aberta de situações jurídicas e, também, em conexão com importantes direitos e garantias fundamentais. Daí a relevância que assume a tutela das informações pessoais, tendo a privacidade como elemento de construção da pessoa e, nessa perspectiva, instrumento de tutela da personalidade.

A Constituição Federal de 1988, como se sabe, tutela a intimidade e a vida privada das pessoas. Tais garantias constitucionais abrangidas pela noção de privacidade configuram-se requisitos indispensáveis ao desenvolvimento da

³⁴ Importante compreender que “‘Privado’ aqui significa pessoal, e não necessariamente secreto”, e refere-se ao “conjunto de atividades e situações de uma pessoa que tem um potencial de ‘comunicação’ verbal e não verbal, e que pode, portanto, se traduzir em informações” (Rodotà, 2008, p.93).

³⁵ Afirma-se em doutrina que “a proteção da privacidade na sociedade da informação, a partir da proteção de dados pessoais, avança terrenos outrora intransponíveis e nos induz a pensá-la como um elemento que, mais do que garantir o isolamento ou a tranquilidade, serve a proporcionar ao indivíduo os meios necessários à construção e consolidação de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida em relação e sob o signo da solidariedade” (Doneda, 2019, p.41-42).

personalidade e indissociáveis à condição da pessoa³⁶. A privacidade assim exprime um valor existencial, que exige uma consideração positiva (Perlingieri, 2008). Nesse sentido, dada a complexidade dessas manifestações na sociedade da informação é que a pessoa deverá ter sua privacidade assegurada mediante instrumentos que permitem o efetivo controle dos próprios dados, justamente tomando em conta a amplitude do âmbito de proteção de dados pessoais que abarca todas as informações relacionadas a determinada pessoa humana, portanto, podem se referir a qualquer esfera de sua vida pessoal.

A reinvenção da privacidade, assim qualificada, volta-se para a concepção integral da pessoa e apresenta-se como mecanismo essencial para a não discriminação e favorece a liberdade e igualdade nas sociedades de informação, na medida em que empodera a pessoa com o controle de seus dados pessoais, uma vez que esta encontra-se inserida numa miríade de relações assimétricas, de desníveis de poder informacional; e, ao mesmo tempo, contribui para garantir a integridade dos dados, diante da importância da informação para as escolhas de vida da pessoa, de modo a promover o seu livre desenvolvimento em todas as suas dimensões.

Precisamente, o direito à autodeterminação informativa, assim, segundo Rodotà (2008), configura-se no real poder de controlar a circulação das informações, saber quem as utiliza, com que finalidades, impedir a circulação indesejada. Esse direito é um tipo de tutela positiva e dinâmica, pois segue os dados em sua circulação, de modo a assegurar ao titular um controle contínuo e prolongado no tempo sobre suas próprias informações, inclusive quando se tornam objeto de disponibilidade de outros³⁷.

Embora usualmente o termo “informação” seja utilizado como sinônimo de “dados”, a doutrina mostra distinção nos seus significados. Assim, “dados” são

³⁶ Nesse sentido, Silva (1997, p.202) esclarece: “preferimos usar a expressão *direito à privacidade*, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade”. De relevância também a lição de Doneda (2019, p.106): “O termo [*privacidade*] é específico o suficiente para que se distinga de outras locuções com as quais eventualmente deve medir-se, como a imagem, a honra ou a identidade; e também é claro o bastante para especificar seu conteúdo, efeito da atualidade. Mas essa escolha não é consequência somente da fragilidade das demais; ela se revela por si só a mais adequada, justamente por unificar os valores expressos pelos termos intimidade e privacidade”.

³⁷ Para o autor, “é de fato o fim da linha de um processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade- de uma definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de alguém e determinar como a esfera privada deve ser construída (Rodotà, 2008, p. 17).

“pré-informações” acerca de um fato ou uma determinada realidade e a informação configura-se no resultado da interpretação, do processamento e da organização da representação contida no dado “primário”³⁸ (Doneda, 2008, p.136). Com isso, um dado, uma vez processado, pode gerar outros dados, informações novas e pode, inclusive, criar perfis individuais e de grupo. Em consequência, dados pessoais referem-se às informações suscetíveis de ser associadas a um interessado – aqui, pessoa natural identificada ou identificável³⁹. É nessa perspectiva relacional do tratamento dos dados que os interesses das pessoas assim identificadas, mediante as informações apreendidas, adquirem importância e exigem tutela, na medida em que não há mais que se falar em dados pessoais insignificantes, sobretudo, porque, sendo expressão da personalidade e diante do uso indiscriminado, podem provocar danos ao interessado.

A grande maioria das interações humanas ocorrem a partir de dados pessoais, em que as pessoas são avaliadas, identificadas, reconhecidas, em particular, por tecnologias e sistemas que se valem de correlações ou inferências, não raro automatizadas, por exemplo big data⁴⁰⁻⁴¹. Isso pode gerar discriminações

³⁸ Explica Bioni (2021, p.32-33) que “o dado é o estado primitivo da informação, pois não é algo *per se* que acresce conhecimento. Dados são simplesmente fatos brutos que, quando processados e organizados, se convertem em algo inteligível, podendo ser deles extraída uma informação”. No mesmo passo, Marion (2016, p. 30-31) esclarece que “os dados só adquirem sentido ao serem explicados e interpretados por quem recebe ou usa os dados para obter informação”. E, mais adiante, pontua que “dados e informações são constantemente gerados de novo e alterados durante as operações de processamento”. Daí resultam problemas de uso secundário dos dados pessoais.

³⁹ LGPD, Art. 5º, I: dado pessoal: informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

⁴⁰ Para Zuboff (2018, p.18): “O ‘big data’ tem origem no social, e é ali que devemos encontrá-lo e estudá-lo. (...) é acima de tudo o componente fundamental de uma nova lógica de capitalismo de vigilância. Esta nova forma de capitalismo de informação procura prever e modificar o comportamento humano como meio de produzir receitas e controle de mercado”. A autora assevera que o uso do “big data” (capacidade de um sistema processar velozmente um volume enorme e variado de dados) perpetua o capitalismo de vigilância, por meio de fontes que permitem essa apropriação dos dados, como: dados derivados de transações econômicas por computadores, sensores incorporados em objetos, corpos e lugares – internet das coisas, dados de bancos de dados governamentais e corporativos e câmeras de vigilância (p.26-33).

⁴¹ Ao escrever sobre as diferentes técnicas de tratamento de dados, Doneda (2019, p.151-152) esclarece: “Dentre estas técnicas está a elaboração de perfis de comportamento de uma pessoa a partir de informações que ela disponibiliza ou que são colhidas. Esta técnica, conhecida como *profiling*, pode ser aplicada a indivíduos, bem como estendida a grupos. Nela, os dados pessoais são tratados com o auxílio de métodos estatísticos, técnicas de inteligência artificial e outras mais, com o fim de obter uma ‘metainformação’, que consistiria na síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa. O resultado pode ser utilizado para traçar um quadro das tendências de futuras decisões, comportamentos e destinos de uma pessoa ou grupo. [...] Uma outra técnica ainda diz respeito à modalidade de coleta de dados pessoais conhecida como *data mining*. Ela consiste na busca de correlações, recorrências, formas, tendências e padrões significativos a

e perpetuar injustiças, preconceitos. “Ao mesmo tempo que atingem os interesses de uma parcela específica da população, retiram a capacidade de autonomia do indivíduo e o seu direito de acesso ao consumo de bens e serviços e a determinadas políticas públicas, por exemplo” (Mulholland, 2018, p.173). Destarte, o controle sobre esses dados passa a ser pressuposto para a garantia do exercício de outros direitos fundamentais.

Assim, a assimetria de poder no que diz respeito às próprias informações dos indivíduos gera um desequilíbrio social, que, por sua vez, consolida a sociedade de vigilância, de controle, da classificação, conforme observou Rodotà (2008). Além disso, mostra a dimensão que os dados pessoais assumem no contexto atual, ainda mais considerando o valor econômico das informações pessoais nas relações de mercado e, notadamente, sua utilização para perfilamento de pessoas e políticas de vigilância.

A vigilância passa de excepcional a cotidiana, das classes “perigosas” à generalidade das pessoas, do interior dos Estados ao mundo global. A multidão não é mais “solitária” e anônima: está nua. A digitalização das imagens e as técnicas de reconhecimento facial consentem extrair o indivíduo da massa, identificá-lo e segui-lo. O *data mining*, a incessante pesquisa de informações sobre o comportamento de qualquer pessoa, gera a produção contínua de “perfis” individuais, familiares, territoriais, de grupo. A vigilância não conhece fronteiras (Rodotà, 2008, p.238).

Como se percebe, o controle da coleta e do processamento de dados de determinada pessoa consiste em salvaguarda dirigida não apenas ao próprio indivíduo, cujos dados estão relacionados, mas, em uma dimensão coletiva, alcança o grupo social em que se encontra inserido, sobretudo quando se trata de dados sensíveis. Estes têm claro potencial de se transformar em instrumento de discriminação da pessoa, exigindo tutela ampla, que integra os controles individuais e coletivos de proteção aos direitos fundamentais e promove as condições para sua realização (Rodotà, 2008). De fato, “a presença de riscos conexos ao uso das informações coletadas, e não uma necessária vocação ao sigilo de certos dados

partir de quantidades muito grandes de dados, com o auxílio de instrumentos estatísticos e matemáticos. Assim, a partir de uma grande quantidade de informações em estado bruto e não classificadas, podem ser identificadas informações de potencial interesse”.

personais, foi o que levou ao reconhecimento de um ‘direito à autodeterminação informativa’ como direito fundamental do cidadão” (Rodotà, 2008, p.96)⁴².

Considerando a importância para o desenvolvimento do direito à proteção de dados pessoais, cumpre referir, brevemente, uma decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre o censo populacional tomada em 1983⁴³. Com base nela, a doutrina especializada destaca o desenvolvimento do direito à autodeterminação informativa pela jurisprudência alemã, que culminou no seu reconhecimento como direito fundamental.⁴⁴ Determinou-se o direito do cidadão ao efetivo controle sobre a divulgação e utilização de seus dados pessoais, afetados pelas ameaças e riscos até então impensáveis, considerando os avanços tecnológicos da época e consequentemente o tratamento automatizado de dados e sua utilização para fins diversos, sobretudo a elaboração de perfis a partir de dados sobre os indivíduos, como destacou o próprio Tribunal Constitucional.

O Tribunal enfrentou a questão com base na dignidade humana, que deve ser respeitada e tutelada, e na livre construção da personalidade, considerando a existência de um direito à autodeterminação informativa, a partir de determinações contidas em dois dispositivos da Lei Fundamental alemã que protegem a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade⁴⁵. De acordo com o Tribunal, “no centro da ordem constitucional, estão o valor e a dignidade da pessoa que age com livre autodeterminação como membro de uma sociedade livre” (Martins, 2016, p.57). Apesar de o Tribunal Constitucional não ter reconhecido diretamente um

⁴² O autor alude à proteção de dados no contexto europeu e, nesse ponto específico, aos dados categorizados como sensíveis, que são fortemente suscetíveis a ser utilizados com fins discriminatórios. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira trata dessa categoria de dados no art. 5º, II e art. 11 ao 13. Esse tema será desenvolvido na seção 2.3 deste estudo.

⁴³ A aludida decisão tratava-se de um caso em que se questionava a constitucionalidade de aspectos de uma Lei Federal que regia o censo alemão de 1982 e que, para fins estatísticos, determinava levantamentos sobre a população, com dados sobre as profissões, residências e locais de trabalho. A decisão da Corte Constitucional suspendeu provisoriamente a realização do recenseamento, declarando a inconstitucionalidade das disposições que determinavam a comparação dos dados coletados com os dados presentes em registros públicos e ainda sua transferência para outros órgãos da administração (Martins, 2016, p.55-56).

⁴⁴ Conforme Rodotà (2018, p.142), “a autodeterminação informativa, reconhecida como direito fundamental da pessoa, opera uma distribuição de poder subtraindo as informações pessoais do poder incondicionado do Estado e dos ‘senhores do poder’”.

⁴⁵ Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana]. (1) A dignidade da pessoa humana é intocável. Observá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais. Artigo 2 [Direitos de liberdade] (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

direito fundamental à proteção de dados, passando a exercer uma influência em vários aspectos para a reflexão sobre o assunto, repercutiu na tutela jurídica dos dados pessoais adotada também por outros países. Entre outros aspectos importantes, considerou-se que nenhum dado é irrelevante ou insignificante e que todos merecem proteção, visto que os dados pessoais são manifestações diretas da personalidade, e, com isso, o seu processamento deve ser limitado, legítimo e transparente (Martins, 2016)⁴⁶. Tendo em vista a proteção desses dados na órbita dos direitos fundamentais, devem-se considerar os demais interesses envolvidos e igualmente fundamentais.

Com efeito, a ideia de autodeterminação informativa como foi pensada e desenvolvida na referida decisão, em que se imaginava que a pessoa teria a capacidade de controlar a circulação de seus dados, delimitando os dados que permitiria ou desejaria que fossem tratados, não faz sentido nas sociedades hodiernas movidas a dados. Concretamente, cada vez mais, pouco ou nada se sabe sobre onde estão circulando os dados de uma pessoa e de que modo ou para quais finalidades serão utilizadas. Isso se deve à assimetria de poder já mencionada e que favorece os tratadores de dados pessoais.

Nada obstante, esse importante passo rumo à consolidação de um direito à autodeterminação informativa colocou em questão a reflexão acerca da necessidade de oferecimento aos interessados de instrumentos capazes de viabilizar o efetivo controle sobre a utilização e a integridade de seus dados pessoais, em via preventiva, bem como a necessidade de proteção do consentimento. Deve-se considerar de forma realista os limites deste e a posição vulnerável dos interessados, diante de desequilíbrios de poder nas relações com entes privados e públicos, para uma tutela abrangente de direitos fundamentais (Rodotà, 2008)⁴⁷.

Cabe destacar a observação de Rodotà ao se referir à ampliação do princípio do consentimento através da consolidação da autodeterminação

⁴⁶ Sem negar o protagonismo do consentimento Marion (2016, p.27) afirma que “o cerne do direito à autodeterminação informacional não é que o consentimento tenha que desempenhar um papel – chave. Mais importante em termos teóricos e práticos é que uma base jurídica constitucional é necessária para justificar o processamento de dados”.

⁴⁷ Ao analisar a decisão do recenseamento Mendes (2020, p.15) ressalta que “da dimensão objetiva do direito à autodeterminação informativa decorre não apenas um dever de proteção contra o conhecimento não autorizado por terceiros, mas também um dever de proteção contra o consentimento meramente aparente (ou fictício) quanto ao tratamento de dados”.

informativa, assinalando que, para além de uma adjetivação da autodeterminação, particular atenção deve-se voltar ao consentimento informado, haja vista que constitui referência quanto ao tema da autodeterminação. O consentimento assim qualificado importa um modo significativo e peculiar de distribuição de poder e responsabilidade, uma vez que o ônus da informação passa para os tantos interessados na coleta e no processamento dos dados pessoais, necessária para permitir uma tomada de decisão livre e consciente pelo titular (Rodotà, 2018⁴⁸).

Afirma atenta doutrina que a disciplina do consentimento “não deve ser tratada sob o viés negocial, mas a partir do poder de autodeterminação e a consideração dos direitos fundamentais em questão” (Doneda, 2019, p.329). Nessa perspectiva, é preciso reforçar tal princípio com ferramentas adequadas que assegurem à pessoa o conhecimento apropriado para uma efetiva liberdade substancial no que tange ao consentimento para coleta e tratamento dos dados pessoais no caso específico para a proteção efetiva de direitos fundamentais.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira incorporou a autodeterminação informativa, entre outros, como fundamento e garantia da proteção de dados pessoais⁴⁹, em uma tutela positiva, favorecendo a exigência primária de promoção da pessoa humana⁵⁰. Para concretização dessa autodeterminação, devem-se pôr em prática os instrumentos de tutela capazes de assegurar ao interessado uma proteção preventiva que possa afastar o controle ilusório.

⁴⁸ E o autor acrescenta: “Esta constatação desmente a tese de quem enxerga a transferência de poder à pessoa, e a autodeterminação que isto comporta, como hiperindividualização, negação de toda ligação social, substancial isolamento da pessoa. É exatamente o contrário. A tradicional ideia privatística, substancialmente mercantil, do consentimento é que leva a isolar o indivíduo. Quando, ao contrário, passa-se a falar de consentimento informado, no sentido indicado, uma rede de relações emerge”.

⁴⁹ Art. 2º, incisos I e II da LGPD.

⁵⁰ Conforme aponta Bioni (2021, p. 109), “o principal vetor para alcançar tal objetivo [proteger os direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade] é franquear ao cidadão *controle* sobre seus dados pessoais. Essa estratégia vai além do consentimento do titular dos dados, pelo qual ele autorizaria o seu uso. Tão importante quanto esse elemento volitivo é assegurar que o fluxo informacional atenda às suas legítimas expectativas e, sobretudo, não seja corrosivo ao livre desenvolvimento da sua personalidade. É a combinatória desses elementos de que se trata a autodeterminação informacional”. Ver ainda: Mendes, Laura Schertel, Fonseca, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 507-533, maio/ago. 2020.

Nesse cenário, sobre a distinção entre o respeito à vida privada e familiar e a proteção de dados no contexto da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁵¹, na parte que se refere às liberdades, Rodotà (2008, p. 17; 198) pontua:

O direito ao respeito da vida privada e familiar reflete, primeira e principalmente, um componente individualista: este poder basicamente consiste em impedir a interferência na vida privada e familiar de uma pessoa. Em outras palavras, é um tipo de proteção estático, negativo. Contrariamente, a proteção de dados estabelece regras sobre os mecanismos de processamento de dados e estabelece a legitimidade para a tomada de medidas; é um tipo de proteção dinâmico que segue o dado em todos os seus movimentos.

De uma enunciação negativa passa-se a uma perspectiva positiva, dinâmica, atribuindo à pessoa, por meio de instrumentos que concretizem a autodeterminação informativa, o controle de seus dados pessoais sobre os sujeitos que realizam o tratamento e as modalidades da sua utilização, em via preventiva. Isso se dá, independentemente da existência real de violação, em uma forma de distribuir poder e responsabilidade, esta última se deslocando para os interessados na coleta e no processamento de dados. Ao lado do controle e poder de intervenção por parte dos interessados, colocam-se as funções de uma autoridade independente para a proteção dos dados pessoais.

Rodotà (2008, p. 17-21) alude a uma “verdadeira revolução da proteção de dados” porque, além de reconhecida como um direito fundamental autônomo, tornou-se ferramenta indispensável para a construção da própria esfera privada, e, assim, para o livre desenvolvimento da personalidade. Dessa maneira, a proteção de dados constitui um processo constante, que abrange importantes direitos e garantias fundamentais, interesses dignos de tutela, essenciais ao livre exercício da cidadania, os quais, em grande parte, relacionados à proteção da privacidade, mas vai além⁵². Assim, “não se resume a um direito à autodeterminação informativa, e

⁵¹ Art. 7º. Respeito pela vida privada e familiar. Todas as pessoas têm o direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações. Art. 8º. Proteção de dados pessoais. 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de acessar os dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

⁵² Para Doneda (2019, p.44): “A necessidade de funcionalização da proteção da privacidade fez, portanto, com que ela desse origem a uma disciplina de proteção de dados pessoais que compreende

tampouco é equivalente – no que diz respeito aos respectivos âmbitos de proteção – ao direito à vida privada, e isso já pelo fato de ter objeto mais alargado” (Sarlet, 2020b, p.35).

Sobre a autonomia da proteção de dados e instrumentos para sua efetivação, também já se ocupava parte doutrina brasileira⁵³, tendo como valor orientador a tutela da dignidade e da personalidade humana. Coloca-se em evidência que essa tutela não tem a ver com a proteção da propriedade e com a noção de titularidade nos moldes a ela associados, mas apresenta relação direta com a proteção da personalidade (Rodotà, 2008)⁵⁴, visto que o ponto de referência objetivo da disciplina é a proteção da pessoa humana, o que leva, inclusive, ao fato de que “certas categorias de dados, especialmente os de natureza médica e genética, não podem ser utilizados para fins negociais” (Rodotà, 2008, p.19)⁵⁵.

Assim, o processo evolutivo experimentado pela privacidade, redefinida pelo novo contexto, mostra sua relevância para o exercício de outros direitos fundamentais, de modo que o respeito à proteção dos dados vai além da proteção à privacidade⁵⁶. Daí a associação da proteção de dados com o princípio da igualdade,

em sua gênese pressupostos ontológicos, muito similares aos da própria proteção da privacidade: pode-se dizer que a proteção de dados pessoais é a sua ‘continuação por outros meios’”. Em outro texto, o autor pondera: “O reconhecimento do caráter constitucional da proteção aos dados pessoais opera a superação de uma concepção, hoje anacrônica, segundo a qual seria possível realizar a governança de dados pessoais a partir de considerações sobre o direito à privacidade e o sigilo ou sigilo. A consolidação desse direito garante que os dados pessoais possam ser utilizados com maior facilidade e com base jurídica sólida quando necessários e para fins legítimos, garantida a transparência, a segurança e os direitos individuais, diminuindo os riscos sobre as operações de tratamento” (2020, p.7). Ainda, conforme Sarlet (2020, p.191).

⁵³ Em especial, Doneda, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; Doneda, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Joaçaba**, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Mendes, Laura Schertel. **Privacidade, Proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. Segundo Mendes (2014, p.161-162), as garantias constitucionais de inviolabilidade da intimidade e vida privada e do sigilo da comunicação de dados, a despeito de sua importância como mecanismos de proteção individual, revelam-se insuficientes diante dos muitos efeitos da coleta e utilização de dados pessoais que possam afetar outros direitos fundamentais para além dessas garantias.

⁵⁴ De acordo com o autor: “Definitivamente, uma forte tutela não deve passar necessariamente pela transformação dos dados pessoais em objeto de propriedade: a relação entre o indivíduo e suas próprias informações insere-se no quadro dos direitos da personalidade. Isso significa que o princípio básico é constituído pelo consentimento do interessado e que este não perde o direito de controlar os próprios dados pessoais mesmo em poder de terceiros, sejam entes públicos ou se trate de privados” (p.154).

⁵⁵ A Constituição brasileira, no seu art. 199, §4º, veda todo tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas.

⁵⁶ Segundo afirma Bobbio (2004, p. 9), “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa

sobretudo diante de dados sensíveis que consistem no “núcleo duro” da dignidade, especialmente as informações genéticas (Rodotà, 2008), de maneira a evitar discriminações e estigmas, com danos aos interessados, e a assegurar à pessoa a liberdade diante da importância da informação para suas escolhas individuais, bem como acesso a uma série de direitos em um exercício democrático de cidadania.

A difusão das coletas de informações pessoais, cada vez mais amplas e especializadas, levou a uma atualização da privacidade que, considerada indispensável para o desenvolvimento da pessoa humana, impõe-se como valor fundamental, especifica-se no direito de construir a própria esfera privada, entendida como autodeterminação informativa, como poder de controlar a circulação das próprias informações e se torna elemento constitutivo da cidadania. O efetivo respeito à privacidade leva em conta a inserção da pessoa na sociedade e a garantia de fruir de direitos fundamentais (Rodotà, 2008).

Progressivamente, junto com o desenvolvimento do tema da privacidade, passou-se a exigir uma disciplina objetiva de tutela dos dados pessoais, remontando as primeiras discussões sobre um direito à proteção de dados pessoais ao início da década de 70⁵⁷, e que levou a uma sucessão de regulamentos e normativas postas à tutela dos dados pessoais⁵⁸. A disciplina de proteção dos dados pessoais, assim, mostra-se “como o meio necessário para a concretização de um conjunto de valores fundamentais que, reconhecidos em via de princípio, devam posteriormente acompanhar a pessoa em qualquer momento da sua vida” (Rodotà, 2008, p.291), de modo que, embora consectário da tutela da privacidade, vai além e esboça um conjunto de garantias fundamentais em um novo sistema centrado na promoção da pessoa.

de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências [...]”. Bobbio afirma que o direito da privacidade, assim como da proteção de dados, é construção histórico-cultural, como outros direitos, e assim por diante.

⁵⁷ Além das leis de proteção de dados que emergiam, Rodotà (2008, p.16) assinala a importância de dois documentos internacionais: a Recomendação da OCDE de 1980 sobre diretrizes relativas à proteção da vida privada e à circulação transnacional de dados pessoais, e a Convenção do Conselho da Europa de 1981 – Convenção 108, para a proteção das pessoas em relação à coleta automatizada de dados de caráter pessoal.

⁵⁸ Sobre as gerações de leis de proteção de dados e suas características, ver Doneda, 2019, especialmente p. 174-179.

Conforme salientado em doutrina, o que se constata hoje é uma tendência global nessa direção, visto que a evolução dos sistemas de tratamento de dados adquire centralidade no funcionamento de todos os setores da sociedade. Chega-se assim, nas últimas duas décadas, a um número grande de países que possuem normativas gerais sobre proteção de dados pessoais, denotando-se a importância de criar uma cultura de proteção de dados.

Daí a necessidade de uma atuação responsiva, tanto por parte do legislador como dos agentes de tratamento, na proteção das garantias quanto ao uso e à integridade de dados. Desse modo, resulta o caráter fundamental do direito à proteção de dados pessoais, que demanda uma construção dogmática nesse sentido a enfrentar os desafios para aplicação desse direito, bem como da autodeterminação informativa, que precisa ser afirmada diante das demandas concretas da pessoa, valorizando e reforçando o consentimento e o poder decisório e de participação no gerenciamento do fluxo dos dados.

Como observou Humberto Eco (2000, p.7), “a defesa da privacidade não é apenas um problema legal, mas um problema antropológico moral e cultural. Temos que aprender a elaborar, disseminar, premiar uma nova sensibilidade à privacidade”, e “uma verdadeira privacidade pode ser fundada somente em um profundo e sensível respeito recíproco” (Rodotà, 2008, p.139). Mas não é fácil garantir essa tutela. Cuida-se, antes de tudo, de fomentar uma cultura de respeito no tratamento de dados, a partir de uma efetiva ética de responsabilidade.

2.3.

A Circulação das informações e a tutela jurídica dos dados pessoais: a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais como marco na estruturação da proteção de dados no Brasil

Delineados os contornos da privacidade à proteção de dados pessoais, busca-se discorrer nesta seção sobre a importância da LGPD como marco normativo na estruturação da proteção de dados no direito brasileiro. Inicialmente se promove uma abordagem compreensiva acerca de aspectos de maior relevância ao tema da responsabilidade na proteção de dados a partir do Regulamento geral

276/2016 de proteção de dados da União Europeia (RGPD), em vigor desde 2018, dada a evidente e reconhecida inspiração da lei brasileira nesse regulamento.

Passa-se, em seguida, ao contexto pátrio por meio de legislação setorial já existente. Por fim, a regulação geral por meio da LGPD, que permite analisar os principais conceitos e elementos da proteção de dados que têm relevância ao tema. Ressalta-se a proteção de dados como expressão da dignidade, tendo como referência a cláusula geral de tutela da pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade, que, nessa medida, constitui premissa para a interpretação das disposições da LGPD, particularmente a partir dos valores e princípios constitucionais, bem como demais normativas que integram o ordenamento jurídico em sua complexidade.

2.3.1.

Aspectos da proteção de dados no Regulamento Geral 2016/679 de Proteção de Dados da União Europeia

Segundo a doutrina especializada, os princípios e alguns instrumentos da proteção de dados, apesar de terem origem norte-americana, foram objeto de desenvolvimento primeiro na Europa⁵⁹. A despeito das distinções atribuídas a esses modelos, hoje, busca-se uma regulação cada vez mais convergente sobre o tema, em uma tendência global, e capaz de garantir um alto nível de proteção da privacidade e dos dados pessoais.

Para os fins deste trabalho de dissertação, a atenção volta-se para elementos da nova normativa europeia de proteção de dados pessoais – o Regulamento Geral 2016/279 de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia, em vigor desde maio de 2018⁶⁰ - ⁶¹, que tem relevância para o tema da

⁵⁹ Sobre os modelos europeu e norte-americano de proteção de dados, conforme Doneda (2019), especialmente p. 158-256.

⁶⁰ Segundo afirma-se em doutrina, o RGPD apresenta-se como um ponto de chegada na uniformização sobre matéria da proteção de dados, em vista de uma longa experiência europeia nesse campo, com aplicação direta aos países-membros da União Europeia; no entanto, estes países podem contar com legislações nacionais para tratar de questões operacionais ou integrar aspectos deixados pelo próprio regulamento.

⁶¹ Soma-se ao RGPD a Diretiva 2016/680, normativa específica que trata da proteção de dados em atividades de investigação criminal e execução penal.

responsabilidade civil na proteção de dados, em vista de uma certa aproximação da normativa geral brasileira sobre o tema com aquele modelo.

O modelo europeu constrói um sistema de proteção de dados com base no respeito à dignidade humana, condição de liberdade e igualdade, princípio que abre a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Além do princípio da dignidade humana, desenvolve-se e se consolida um quadro básico de princípios que se aplicam à proteção de dados e passam a impor limites à atividade de tratamento de dados, bem como a atribuir poder de controle e intervenção ao interessado sobre o fluxo de seus dados. Assim, projeta uma proteção baseada em legislação por princípios e instrumentos necessários para assegurar a sua efetividade.

O Regulamento substituiu a normativa anterior, a Diretiva 95/46/CE⁶². O RGPD, reforçando a dimensão personalista do direito da proteção de dados presente nessa diretiva, apresenta uma regulação bem mais abrangente e prescritiva, assim atualiza o regime jurídico europeu de proteção de dados e representa um marco fundamental para além dos estados-membros. Esse novo regulamento, entre outras características, enfatiza o cumprimento dos parâmetros legais, medidas mais rigorosas de governança, responsabilidade e prestação de contas para os agentes responsáveis pelo tratamento de dados, além de pesadas sanções administrativas para o caso de incumprimento a cargo das autoridades de proteção de dados (Lopes, 2018).

No que diz respeito às repercussões no direito brasileiro, sem negar a influência do Regulamento Europeu sobre a Lei Geral brasileira de proteção de dados, afirma-se em doutrina que há diferenças substanciais, como, por exemplo, em relação à técnica legislativa. Contudo, apontam-se convergências em busca de um nível de equivalência regulatório⁶³. Entre elas sobressaem os princípios; direitos dos titulares; modelo *ex ante* de proteção que visa desbanalizar o tratamento de dados, uma vez que nenhum dado é irrelevante e o tratamento deve ter uma base

⁶² Diz respeito à proteção das pessoas singulares quanto ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, impondo aos diversos países que elaborassem princípios e regras de proteção dos dados pessoais e a instituição de uma autoridade responsável para assegurar a efetividade dessa proteção e de seus provimentos. A diretiva, apesar de uniforme, precisava de transposição por cada país-membro.

⁶³ Ver arts 44 e 45 do RGPD; art.33 ao 36 da LGPD brasileira.

legal autorizativa; e o especial enfoque na *accountability*, que impõe aos tratadores a mitigação dos riscos de sua própria atividade e a adoção de medidas⁶⁴ que assegurem a eficácia da proteção de dados e a efetividade dos princípios norteadores (Mendes; Bioni, 2020).

No que tange à responsabilidade, o tema se apresenta com muita semelhança a regras de Responsabilização presentes no Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu, que, no capítulo dos princípios, no art. 5º, n.2, determina: “O responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento do disposto no nº 1 [cumprimento dos princípios relativos ao tratamento de dados] e tem de poder demonstrá-lo (‘responsabilidade’)⁶⁵”. A introdução dessa responsabilidade é vista como uma das características mais relevantes do Regulamento e impõe ao responsável pelo tratamento, por meio de atitudes proativas, a adoção de medidas práticas e concretas, que devem considerar o previsto no art. 24⁶⁶, a fim de assegurar a efetividade dos princípios de proteção de dados, por conseguinte, a eficácia da proteção de dados e a respectiva demonstração, quando solicitada, de que foram tomadas as medidas adequadas e eficazes.

Percebe-se que a questão não pode ser reconduzida a um mero dever procedimental, de modo que a adoção, por si só, de tais medidas não se afigura suficiente para eximir de responsabilidade os tratadores de dados, porque, apesar de o cumprimento da norma ser uma condição necessária, não é suficiente, em vista da necessidade de prevenir a ocorrência de danos. O responsável pelo tratamento dos dados se encontra obrigado a demonstrar o cumprimento das regras de proteção de dados, fomentando comportamento mais proativo, de modo a minimizar riscos de danos, e este atuar em caráter preventivo não implica o afastamento da obrigação

⁶⁴ Entre outras, são referidas medidas técnicas e organizativas e algumas consistem, por exemplo, em registro das atividades de tratamento, relatórios de impactos sobre a proteção de dados, notificação de violação de dados pessoais; além de instrumentos diversos, como, a título ilustrativo, a funcionalidade da proteção de dados e da privacidade por *design*.

⁶⁵ Este princípio é desenvolvido no art.24 nº 1 do RGPD.

⁶⁶ Art.24, nº 1 do RGPD: “1. Tendo em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, o responsável pelo tratamento aplica as medidas técnicas e organizativas que forem adequadas para assegurar e poder comprovar que o tratamento é realizado em conformidade com o presente regulamento. Essas medidas são revistas e atualizadas consoante as necessidades”.

de ressarcir os danos ocasionalmente causados, bem como da aplicação das pesadas multas e outras sanções administrativas por parte das autoridades de proteção de dados.

Nessa perspectiva, tendo em vista a possibilidade de violação dos preceitos legais e o risco de violação dos direitos da pessoa no tratamento de dados que acabe por lhe gerar danos, é que o Regulamento, na parte do direito de indenização e responsabilidade, prevê, no artigo 82, 1, que “qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do presente regulamento tem direito a receber uma indenização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos”. Assim, podem ser lesados não apenas os titulares de dados, mas também terceiros que eventualmente sofram danos decorrentes do tratamento de dados⁶⁷.

O preceito determina no nº 2 os sujeitos que respondem pelos danos causados, os responsáveis pelo tratamento⁶⁸ e os subcontratantes⁶⁹, cuja identificação de qual sujeito se trata requer análise em concreto, no caso específico. O responsável pelo tratamento pode ser qualquer pessoa física ou jurídica que esteja envolvida no tratamento e que responda pelos danos causados por um tratamento que viole o Regulamento, ao passo que a responsabilidade dos subcontratantes está limitada ao não cumprimento das obrigações específicas que lhe são dirigidas pelo Regulamento ou se não tiverem seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento.

O RGPD não traz definição do conceito de dano. Nada obstante, nos termos do disposto no artigo 82, 1, todos os danos – materiais e os imateriais, devem ser compensados⁷⁰, de forma efetiva e integral⁷¹, sendo que o considerando 146 estabelece alguns parâmetros a serem observados, como o de que o conceito de dano deve ser interpretado de forma ampla à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, e respeitados plenamente os objetivos do Regulamento. As mesmas balizas devem nortear a aferição do elemento causal.

⁶⁷ Sobre o ponto, ver o considerando 146 do RGPD, que alude a danos de que “alguém” possa ser vítima.

⁶⁸ Artigo 4º, nº 2, 7 do RGPD.

⁶⁹ Artigo 4º, nº 8 do RGPD.

⁷⁰ De modo mais abrangente, a LGPD contempla expressamente uma pluralidade de danos no artigo 42: dano patrimonial, moral, individual ou coletivo.

⁷¹ RGPD, Considerando 146.

Em seguida, o Regulamento traz regra de isenção de responsabilidade do responsável pelo tratamento ou do subcontratante “se provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos” (artigo 82, 3), bem como mecanismo de responsabilidade solidária (artigo 82, 4), e atribui, tanto aos responsáveis como aos subcontratantes um direito de regresso sobre os demais. Cabe ressaltar que o Regulamento não faz menção expressa à espécie normativa de responsabilidade civil por danos nesse campo; questão bastante debatida também no direito brasileiro, tema que será tratado no terceiro capítulo deste estudo.

É que, sem negar o papel fundamental da dimensão preventiva em matéria de proteção de dados, o reconhecimento de uma responsabilidade civil concretamente considerada assume extrema relevância para assegurar tutela efetiva à proteção de dados da pessoa humana. Afirma-se que, na União Europeia, a normativa da responsabilidade civil não é harmonizada e que prevalece viés que privilegia a responsabilidade subjetiva (Barbosa, 2020), ainda que se considere a presença de elementos que levam à culpa presumida e, em casos específicos, regras de responsabilidade independente de ilícito (Cordeiro, 2020). Sobre esse ponto, a doutrina pondera que, apesar de evidentes melhorias, “o artigo 82 do RGPD continua a demonstrar importantes fragilidades, nomeadamente a de caber aos lesados provar o preenchimento dos três requisitos da responsabilidade civil – ilicitude, dano e nexo causal” (Cordeiro, 2020, p. 486).

A par do delineado, vislumbra-se que sobressai no RGPD a inclusão de sistema de proteção preventivo e proativo; e não reativo e não conforme, a partir de uma abordagem regulatória baseada no risco, que vai além de uma estrita abordagem centrada nos danos, considerando todo o potencial ou real efeito adverso para os direitos e liberdades fundamentais do titular, bem como seu impacto na sociedade, de modo mais abrangente (Lopes, 2018, p.50-55). Daí a existência de uma ampla gama de elementos regulatórios direcionados à ideia de regulamentação dos riscos que vai além de mecanismos de garantia, proteção e reparação, unicamente individuais. Nota-se a preocupação de que o tratamento de dados seja realizado com respeito aos direitos fundamentais, favorecendo uma maior proteção à pessoa humana.

Avançando para a formação da proteção de dados no direito brasileiro, dá-se ênfase, a seguir, à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nos aspectos que

interessam ao presente trabalho, depois de brevemente abordar o contexto antecedente à LGPD e que também pode trazer luzes para a compreensão da responsabilidade civil na proteção de dados.

2.3.2.

Aspectos da proteção de dados no direito brasileiro e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

No Brasil, como se sabe, até o advento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o tratamento da matéria não era consistente e uniforme, uma vez presente de forma difusa e setORIZADA em leis que precederam a LGPD e que também a influenciaram, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, Lei do Cadastro Positivo, Lei de Acesso à Informação, Marco Civil da Internet, sem se olvidar, como antes já aludido, da reconhecida influência do regulamento europeu. Assim, a proteção de dados não é matéria nova e, portanto, não nasceu do vazio (Doneda, 2019).

Com efeito, a difusão das coletas de informações pessoais cada vez mais amplas e especializadas levou a um aumento das demandas de privacidade e de tutela da pessoa em sua totalidade. No direito brasileiro, a proteção dos dados pessoais nasce como decorrência de tutela da privacidade, levando a uma profunda associação entre essas duas situações subjetivas. Contudo, com o aprofundamento do debate sobre a matéria percebeu-se que, apesar de ter a privacidade como seu maior fundamento, a proteção de dados vai além e alcança um conjunto de garantias fundamentais presentes no ordenamento jurídico, em face da amplitude da noção de dados pessoais, a exigir uma sistemática própria para a proteção de dados.

Embora a Constituição Federal de 1988 preveja proteção à privacidade e assegure o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X), garanta outros aspectos do direito à privacidade, como o sigilo das comunicações telefônicas, telegráficas e de dados (art. 5º, XII), e ainda a salvaguarda da ação de *habeas data* (art. 5º, LXXII), foi preciso que o constitucionalismo brasileiro se reconfigurasse por meio da dogmática jurídica e

jurisprudência no sentido de atualizar princípios que já se inscreviam no seu texto até a identificação de um direito à proteção de dados⁷².

O Supremo Tribunal Federal, em maio de 2020, analisou a ADI 6387- caso IBGE⁷³, que impugnava a validade da Medida Provisória 954/2020 e que apresentava graves riscos a privacidade, liberdade e personalidade dos brasileiros, pois afetava o direito à proteção de dados, “que está sob ataque todos os dias”, com impacto na própria democracia⁷⁴. Nesse importante julgamento, o STF reconheceu, pela primeira vez, no direito brasileiro, o direito à autodeterminação informativa e a tutela dos dados pessoais como categoria autônoma, portanto, não apenas como mera decorrência lógica da privacidade, uma vez que considerou a proteção de dados pessoais como um novo direito fundamental constitucionalmente garantido, ainda que não formalmente expresso na Constituição, a partir da cláusula geral de tutela da pessoa humana em conjunto com a interpretação atualizada das garantias constitucionais do artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal. Direito fundamental esse, portanto, com âmbito de proteção vinculado à tutela da dignidade e da personalidade humana⁷⁵.

⁷² Para maiores desenvolvimentos, ver Mendes, 2014, especialmente p. 127-189.

⁷³ Outras Ações Diretas de Inconstitucionalidade (números 6388 - PSDB, 6389-PSB, 6390-PSOL, 6393-partido Comunista do Brasil) também questionavam a MP 954/2020, sendo que a decisão na ADI 6387 – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, eleita a principal, estendeu-se a todas elas. No caso, o plenário do STF referendou a liminar deferida pela ministra relatora em 24 abril de 2020, suspendendo a eficácia da Medida Provisória, que atribuiu às empresas de telecomunicações (fixos e móveis) a obrigação legal de compartilhar dados dos usuários com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para viabilizar produção estatística oficial, mediante entrevistas domiciliares, durante a situação de emergência de saúde pública decorrente da pandemia de covid-19.

⁷⁴ Quanto ao respeito à pessoa humana e à democracia, Rodotà (2008, p. 21) salienta que “a proteção de dados constitui não apenas um direito fundamental, entre outros: é o mais expressivo da condição humana contemporânea: relembrar isto a cada momento não é verbosidade, pois toda mudança que afeta a proteção de dados tem impacto sobre o grau de democracia que nós podemos experimentar”.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6389, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, julgado em 07.05.2020, publicação 12.11.2020. Ficou evidenciado na decisão que, na atual sociedade da informação, não há dados neutros, com isso a ministra relatora, Rosa Weber, pontua que qualquer dado que leve à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural pode ser usado para a construção de perfis, de grande interesse para os entes públicos e privados, e que potencialmente afeta o direito à autodeterminação informativa. Todo dado pessoal é importante, e não apenas a informação sigilosa, a atrair a proteção jurídico constitucional. Foi também ressaltada a ausência de justificativa jurídico-constitucional para o compartilhamento de dados e a amplitude da medida quanto à produção estatística pretendida, vagueza do objeto e não especificação da finalidade, tampouco como os dados seriam utilizados, além da ausência de salvaguardas que assegurassem a segurança desses dados em vista de acessos não autorizados, vazamentos e uso indevidos, e assim distanciando-se das exigências constitucionais ao efetivo respeito de garantias fundamentais consagradas na Constituição.

Recentemente, o direito fundamental à proteção de dados foi objeto de expressa previsão no texto da Constituição brasileira. O Congresso Nacional aprovou importante mudança no texto constitucional, inserindo o direito à proteção de dados como direito fundamental autônomo entre os direitos e garantias fundamentais. A Emenda Constitucional nº 115, promulgada em fevereiro de 2022, assegura o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais e estabelece a responsabilidade da União pela organização e fiscalização da proteção e do tratamento de dados, além de sua competência privativa para legislar sobre a matéria de proteção e tratamento de dados pessoais⁷⁶.

Tal previsão consiste no reforço da necessidade premente de proteção desse direito, que é visto como pré-condição para o exercício de outros direitos e interesses fundamentais, e justifica a importância da LGPD para a tutela da pessoa e do direito fundamental à proteção de dados pessoais, de modo a “tornar efetivos os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito, na sociedade contemporânea da informação, conforme determina a Constituição Federal” (Mendes, 2014, p.172). A alteração se alinha aos novos contornos da privacidade e à compreensão e à afirmação de que as noções de privacidade, autodeterminação informativa e proteção de dados se traduzem em noções que apresentam pontos de contato relevantes, embora não se confundam, nem se sobreponham, portanto, reconhecidas como categorias fundamentais autônomas constitucionalmente garantidas (Sarlet, 2020).

Daí, avançando para conformação e delineamento da proteção de dados na legislação ordinária, destaca-se primeiramente o Código de Defesa do Consumidor. Este, consubstanciando a normativa constitucional – art. 5º, XXXII, art. 170, V, art. 1º, III, da Constituição Federal, buscou a proteção efetiva da pessoa do consumidor em face de desequilíbrios de poder e de informação presentes nas relações jurídicas

⁷⁶ O Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 17/2019 propôs a inserção de um direito fundamental à proteção de dados pessoais na Constituição Federal, ao final do inciso XII do art. 5º, e também acrescentando um inciso XXX no art. 22 acerca da competência privativa da União para legislar sobre a matéria. O substituto deu origem ao texto final aprovado com a Emenda Constitucional (EC) nº 115/2022: O *caput* dos artigos 5º, 21 e 22 da Constituição Federal passaram a vigorar acrescidos, respectivamente, dos seguintes incisos: Art. 5º, LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais; Art. 21, XXVI - organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei; Art. 22, XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.

de consumo e tratou da proteção da privacidade e da proteção de dados em razão do desenvolvimento das novas tecnologias de processamento de dados, que permitem, por exemplo, a criação de perfis de consumo e monitoramento de comportamentos para o envio de publicidade direcionada⁷⁷.

Nessa perspectiva, o artigo 43 do diploma consumerista tratou dos bancos de dados e cadastros de consumidores, sob o entendimento de um direito básico do consumidor à proteção de dados (Mendes, 2014), sendo possível extrair direitos de acesso, retificação e cancelamento, bem como diversos princípios (qualidade, transparência, limite temporal) que devem ser atendidos para proteção da privacidade (Mendes, 2014). Esta é considerada um aspecto indispensável para o livre desenvolvimento da pessoa do consumidor. O descumprimento desses preceitos de proteção dos dados dos consumidores enseja a aplicação da responsabilidade civil, além de sanções administrativas.

De igual modo, é direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais e coletivos (art. 6º, VI, CDC). Assim a legislação consumerista estabelece o direito à prevenção dos danos, o que implica aos fornecedores o dever de evitar sua ocorrência, e consolida importante sistema objetivo de responsabilidade coerente com os danos de consumo e de privacidade. Nesse sentido, destaca-se decisão judicial sobre repasse pela demandada de dados cadastrais de rendimentos do autor da ação à terceira pessoa sem qualquer ligação a outra relação de consumo, em que o Tribunal concluiu que houve abuso cadastral em detrimento da privacidade do consumidor e, portanto, a configuração de dano moral *in re ipsa* a ensejar compensação pelo tratamento indevido dos dados pessoais e sensíveis do consumidor⁷⁸.

A par dessa tendência de regular os bancos de dados relativos a informações de crédito, veio a Lei n. 12.414/2011, conhecida como Lei do Cadastro Positivo, disciplinar o registro de dados sobre operações financeiras do consumidor e de adimplemento para fins de concessão de crédito. Trata-se de uma normativa

⁷⁷ Como exemplo, cita-se uma grande empresa varejista norte-americana que, utilizando-se do Big Data, inferia a probabilidade de gravidez de suas consumidoras, bem como o estágio de gestação, mediante determinada lista de produtos que costumavam adquirir. Essa correlação de informações permitiu o direcionamento de produtos para as consumidoras com tal perfil de acordo com sua fase de gravidez (Bioni, 2021).

⁷⁸ TJSP - AC: 3.55.607400-0, Relator: De Santi Ribeiro, Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado Data de Julgamento: 02/07/2009, Data de Publicação: 18/08/2009.

que traz um conteúdo conceitual, vislumbrando-se também princípios da proteção de dados.

Muito significativa é a proibição imposta ao gestor da base de dados no que tange a coleta e armazenamento de informações excessivas, “assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor”, de modo a restringir a coleta de informações ao mínimo necessário; e de “informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas” (Brasil, 2011)⁷⁹. Visa impedir discriminações entre as pessoas, o que justifica o tratamento, de forma diferenciada, das informações julgadas sensíveis.

É de se notar ainda a relevância da participação do titular dos dados no gerenciamento de suas informações, antes e depois da Lei Complementar n. 166/2019, que tornou automática a inclusão do nome dos consumidores no banco de dados, mas determinou a sua notificação de modo a garantir ao cadastrado o direito à retirada do seu nome desses registros (art.4º, §4º, I)⁸⁰. Em complemento, estabelece a possibilidade de compartilhamento desses registros pelo gestor⁸¹ e delinea as responsabilidades⁸².

Cumpre, por fim, referir ao artigo 16 que determina uma reponsabilidade civil objetiva e solidária pelos danos materiais e morais causados ao cadastrado pelo banco de dados, fonte e consulente, nos termos da legislação consumerista⁸³. Nesse particular, menciona-se importante decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca

⁷⁹ Art. 3º, §1º, incisos I e II.

⁸⁰ A doutrina já vislumbrava que a Lei do Cadastro positivo reforçava uma consolidação do direito à autodeterminação no direito brasileiro, diante dos mecanismos de controle postos em favor da pessoa quanto ao interesse em formar esse histórico e mesmo quanto ao cancelamento (Mendes, 2014).

⁸¹ Art. 4º, III e 9º.

⁸² Apenas como registro, a Lei Complementar n. 166/2019 também alterou a Lei Complementar n. 105/2001, que trata do sigilo das operações financeiras, para incluir o inciso VII ao § 3º do artigo 1º: não constituindo violação de sigilo “o fornecimento de dados financeiros e de pagamentos, relativos a operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento de pessoas naturais ou jurídicas, a gestores de bancos de dados, para formação de histórico de crédito, nos termos de lei específica.

⁸³ Art. 16. O banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis, objetiva e solidariamente, pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

do compartilhamento de informações pessoais de banco de dados, ficando caracterizada a violação do dever de informação e a inobservância dos deveres associados ao tratamento dos dados pessoais, pelo que se entendeu na hipótese de configuração de dano moral *in re ipsa*, com o consequente dever de compensar⁸⁴.

Nesse cenário de leis setoriais tratando de aspectos do direito à proteção de dados, faz-se muito importante a Lei de acesso à informação, Lei n. 12.527/2011, regulamentando o princípio da transparência determinado constitucionalmente, e os procedimentos a serem observados, com o fim de garantir a todas as pessoas o direito fundamental a receber informações pessoais ou não, sob o controle público⁸⁵.

Cumprе destacar a definição de informação pessoal, considerada “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável” (art. 4º, IV), definição esta trazida posteriormente pela LGPD, a qual utiliza o termo dado pessoal⁸⁶. Assim consideradas, as informações oferecidas adquirem importância e exigem tutela, pelo que a lei estabelece um regramento específico para a proteção dos dados pessoais no artigo 31 e determina que o tratamento neste contexto, para estar consoante ao ditame constitucional, deve ser respeitoso com a privacidade, a honra, a imagem e as liberdades e garantias individuais, observada a transparência.

Assim, o acesso da própria pessoa aos seus dados pessoais fortalece a ideia de controle, a cada momento, sobre o uso que os sujeitos façam dessas informações, ao mesmo tempo que propicia maior transparência à administração pública, que detém dados, cujo tratamento deve ser feito com eficácia e nas condições previstas na própria lei. Igualmente relevante para a legitimidade do tratamento de dados pessoais é a regra que estabelece que o acesso de terceiros às informações pessoais opera-se mediante previsão legal ou com o consentimento do titular (exceção consta no artigo 31, §3º), assim compreendidas também como um limite ao direito à informação, diante da necessidade de proteção da privacidade e personalidade.

⁸⁴ STJ – Resp 1.758.799/MG, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ: 19/11/2019.

⁸⁵ CF, Art. 5º, XXXIII – “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

⁸⁶ LGPD, Art. 5º, I: dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

Na medida em que violações à privacidade e a outros direitos e garantias fundamentais da pessoa podem ocorrer no tratamento das informações pessoais mantidas pelo poder público, a lei de acesso impõe que aquele que obtiver acesso às informações relativas a intimidade, vida privada, honra e imagem será responsabilizado por seu uso indevido⁸⁷. Em complemento, estabelece no seu artigo 34 uma responsabilização direta e objetiva dos órgãos e entidades públicas pelos danos advindos da violação do direito à proteção de dados pessoais⁸⁸.

Agora, com a edição de uma lei geral de proteção de dados pessoais, a própria LGPD, apesar de estabelecer regras específicas para o tratamento de dados pessoais pelo poder público, ao fazer isso, sinaliza expressamente a harmonização de suas regras com a lei de acesso à informação, como se depreende em particular do que consta em seus artigos 23 a 32.

Por fim, seguindo essa tendência em torno da necessidade de uma proteção da personalidade e reforçando a inclinação a uma sistematização da tutela da privacidade dos dados pessoais, normativa que assume relevância nesse itinerário é a Lei n. 12.695/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, que estabelece um regime de garantias, princípios, direitos específicos para tutela do usuário da internet⁸⁹.

A lei traz como pilares a proteção da privacidade e dos dados pessoais, que devem ser considerados “na forma da lei”, assinalando com isso a necessidade da edição de uma lei geral de proteção de dados pessoais que sistematizasse, de forma clara e hegemônica, a utilização desses dados para evitar que a coleta das

⁸⁷ Art. 31, §§1º e 2º.

⁸⁸ Art. 34. Os órgãos e entidades públicas respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se à pessoa física ou entidade privada que, em virtude de vínculo de qualquer natureza com órgãos ou entidades, tenha acesso a informação sigilosa ou pessoal e a submeta a tratamento indevido.

⁸⁹ O Decreto 8.771/16, que veio regulamentar a Lei do Marco Civil da Internet, apresenta definição de dados pessoais e tratamento de dados pessoais no seu artigo 14, considerando:

I - dado pessoal – dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa; e II - tratamento de dados pessoais – toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

informações pessoais se transforme em violação da dignidade das pessoas, sobretudo quando se trata de dados sensíveis.

Certo é que o Marco Civil da Internet define uma série de direitos essenciais para a tutela da pessoa usuária da internet⁹⁰, fundada na perspectiva da autodeterminação informativa de que o usuário deve ter o controle sobre as suas informações pessoais, ampliando o princípio do consentimento, com o fim de promover os objetivos previstos para permitir a livre formação da personalidade. Ao mesmo tempo impõe ao controlador criar condições à sua realização (Rodotà, 2008, p.158)⁹¹.

Daí entra o papel da responsabilidade civil, porque, se não há dúvidas sobre o papel fundamental da internet, ao mesmo tempo, confirma-se que aumentou exponencialmente os riscos de violação dos direitos da pessoa humana⁹² nessa vida digital. Nessa medida, deve-se considerar que a liberdade de expressão, e como de resto os demais direitos, não é absoluta. De qualquer forma, devem prevalecer os princípios constitucionais voltados para a proteção da pessoa e sua dignidade.

Nesse particular, nos limites e propósito deste estudo, importa destacar brevemente a controvertida responsabilidade do provedor de aplicações de internet⁹³ por danos de conteúdo inserido por terceiro, a fim de compreender a opção do legislador e vislumbrar se, em alguma medida, pode contribuir para uma reflexão do debate acerca da responsabilidade na LGPD.

⁹⁰ No art. 7º, o legislador estabelece que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, elenca uma série de direitos aos usuários.

⁹¹ O autor aponta que “A internet e as suas transformações e o ciberespaço devem permanecer disponíveis para permitir a livre formação da personalidade, o exercício da liberdade de expressão e de associação, o desenvolvimento de iniciativas cívicas, a experimentação de novas formas de democracia”. E acrescenta, mais adiante: “se não se considera a Internet como um espaço ‘constitucional’ e pleno de garantias adequadas, poderão prevalecer somente as lógicas de segurança e de controle” (p.169).

⁹² Rodotà (2008, p. 19) já destacava o termo “pessoas na rede”: “pessoas que estão permanentemente na rede, aos poucos configuradas para transmitir e receber sinais que permitam escanear e *perflar* movimentos, hábitos e contatos, desta maneira modificando o significado e conteúdo da autonomia dos indivíduos. Isto é incompatível com a própria natureza da proteção de dados como um direito fundamental”.

⁹³ Conforme explicação de Teffé; Moraes (2017, p.130-131), “a partir do Marco Civil da Internet, a rede social virtual passou a ser qualificada como um ‘provedor de aplicações de internet’, conceito que engloba, nos termos do art. 5º, inciso VII, “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal” conectado à internet, como o *Facebook*, o *Instagram* e o *WhatsApp*, por exemplo.

No que tange a esse tema, o legislador do Marco Civil da Internet instituiu uma responsabilidade civil específica que, em regra, condiciona a responsabilização do provedor de aplicações de internet ao descumprimento de ordem judicial para a retirada do conteúdo danoso inerido por terceiro (art. 19)⁹⁴. Há exceção à regra da notificação judicial na hipótese de o conteúdo inserido por terceiro se referir a imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, impondo ao provedor de aplicações o dever de indisponibilizar o conteúdo ofensivo à intimidade mediante o mero recebimento de notificação pelo interessado (art. 21).

Com isso, é possível falar em uma responsabilização do provedor de aplicações pelo descumprimento do requisito formal consistente na ordem judicial específica⁹⁵, que fica dispensado de um juízo prévio acerca do conteúdo inserido por terceiro, cuja apreciação quanto a ilicitude ou não fica a cargo do Judiciário⁹⁶. Cabe à parte indicar o conteúdo lesivo, bem como os URLs onde o material se encontra disponibilizado na rede, para que, após ordem judicial, o provedor remova o conteúdo dos locais explicitados.

Diante disso, afirma-se em doutrina a opção do legislador por uma responsabilidade civil subjetiva (Mulholland, 2015), entendimento que já havia se consolidado na jurisprudência. Ademais, estaria afastada a responsabilidade objetiva entre outros argumentos porque levaria a uma restrição da liberdade de

⁹⁴ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

⁹⁵ Cabe ressaltar que, antes do Marco Civil da Internet, o entendimento da jurisprudência era no sentido de uma responsabilização dos provedores de aplicações pelos danos advindos de conteúdo inapropriado inserido por terceiro quando, notificado extrajudicialmente a respeito da existência do conteúdo abusivo ou ilícito, o provedor deixasse de retirar o material de seu servidor, bem como não mantivesse os dados dos usuários que levassem à identificação do autor direto do dano (Teffé & Souza, 2019).

⁹⁶ REsp. 1.641.155-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 13.06.2017, DJe 22.06.2017: “[...] 5. Esta Corte fixou entendimento de que “(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso”. Precedentes. 6. Impossibilidade de determinação de monitoramento prévio de perfis em rede social mantida pela recorrente. Precedentes. Por consequência, inviabilidade de cobrança de multa-diária. [...]”

expressão, a uma censura privada, a um maior custo dos serviços (Teffé; Moraes, 2017). Contudo, segundo especializada doutrina, em situação que envolva relação de consumo, na medida que a remuneração pode ser direta ou indireta, deve-se aplicar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lima *et al*, 2020).

O dispositivo é alvo de críticas por parte da doutrina ao argumento, entre outros, de que a responsabilidade considerada nesses termos apresenta uma menor proteção da dignidade da pessoa humana no ambiente digital, em relação ao que já vinha sendo assegurado anteriormente, sobretudo ao considerar que os provedores de aplicação nas situações de circulação de materiais ofensivos nas redes sociais passam a responder civilmente quando deixarem de cumprir ordem judicial específica⁹⁷. Assim, concretamente, esse regime se apresenta insuficiente à tutela da pessoa humana frente aos danos causados no ambiente virtual, que devem ser considerados tendo em mente o poder exercido por esses agentes no fluxo de informações pessoais com evidentes e incessantes violações da privacidade e dignidade da pessoa⁹⁸.

Em suma, esse conjunto de circunstâncias mostra como foram se delineando os contornos da proteção de dados, e, nessa medida, progressivamente, emolduram-se os debates e a produção da LGPD. Daí, em certo sentido, poder falar em proteção de dados para além da LGPD. Além disso, mostra as dificuldades que impõe na problemática da responsabilidade civil.

Nesse cenário, após uma ampla discussão, e em linha com os contextos comparado e pátrio, aprovou-se uma lei geral de proteção de dados pessoais brasileira, que apresenta conceitos e uma gramática própria nesse campo a partir de um eixo central sistematizado (Doneda, 2020). A LGPD vem para estabelecer

⁹⁷ Conforme Queiroz, João Quinelato de. **Responsabilidade civil na rede**: danos e liberdade à luz do marco civil da internet. Rio de Janeiro: Processo, 2019. Schreiber, Anderson. **Marco Civil da internet**: Avanço ou retrocesso: A responsabilidade civil por dado derivado do conteúdo gerado por terceiro.

⁹⁸ “Observando a utilização dos dados pessoais, é possível descobrir quais são os poderes que se manifestam concretamente na sociedade da informação”. “(...) A sociedade da vigilância não desaparece; ao contrário, aproveita as novas oportunidades para se fortalecer. Ao mesmo tempo, emerge, e consolida-se, a sociedade da classificação, na qual está ínsita a possibilidade de produção incessante de perfis individuais, familiares, de grupo. Desta forma, a pessoa, a cada momento, pode se tornar o usuário privilegiado de um serviço, o destinatário de uma particular atenção política, o alvo de uma campanha publicitária, ou o excluído da possibilidade de aproveitar determinadas oportunidades sociais” (Rodotà, 2008, p.156-157).

limites e regras específicas minimamente claras e uniformes para regulamentar a utilização de dados pessoais, atenta ao quadro de princípios já afirmado, inaugurando instrumentos para assegurar a sua efetividade. Com isso, consolida marco normativo na estruturação da proteção de dados pessoais no Brasil, inclusive nos meios digitais, com o objetivo de garantir que referido tratamento aconteça com respeito aos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

Pode-se notar o especial propósito do legislador de proteção da pessoa e de suas situações existenciais, “considera os dados pessoais como expressão da dignidade, componente essencial da pessoa humana e condição de liberdade e igualdade” (Rodotà, 2008). Com base nesse eixo valorativo, deve ser considerado o processo de interpretação-aplicação de todas as demais disposições, exigindo o compromisso de compreender a tutela da pessoa em caráter concreto, à luz de valores como a igualdade material e a solidariedade social.

Cabe ressaltar que o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa é explicitado como fundamento, entre outros, do direito à proteção de dados⁹⁹. Esses fundamentos reforçam a importância da proteção de dados, que não deve ser tratada meramente pelo seu aspecto técnico, mas, sobretudo, reconhecida, desenvolvida e aplicada a partir da exigência de defesa e concretização dos direitos de personalidade e fundamentais. A lei enuncia um amplo rol de direitos dos titulares, de modo a assegurar, por meio de diversos instrumentos, o efetivo controle da coleta e do uso de seus dados por terceiros.

A lei se aplica tanto aos setores públicos como aos setores privados, independentemente do tipo de tratamento de dados, que somente pode ser realizado apoiado nas disposições previstas na lei, uma vez que os dados pessoais não mais podem ser tratados sem que haja uma qualificação legal que autorize a fazê-lo¹⁰⁰.

⁹⁹ Art. 2º - A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

¹⁰⁰ A LGPD, expressamente, exclui de seu âmbito de incidência, entre outras hipóteses taxativamente enumeradas em seu artigo 4º, o tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de segurança pública e atividades de investigação e repressão de infrações penais, que será regido por legislação específica, porém ela própria (LGPD) indica, no parágrafo primeiro deste

Tendo em vista o que interessa ao presente estudo, passa-se para o debate conceitual em torno das definições trazidas pela própria legislação nos aspectos mais relevantes para o encaminhamento da reflexão sobre a responsabilidade civil na proteção de dados da pessoa humana, como dados pessoais, titular dos dados, tratamento de dados e agentes responsáveis e princípios no tratamento de dados pessoais.

2.3.3.

Elementos conceituais da proteção de dados na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Nessa linha, ao determinar regras e limites às atividades de tratamento de dados, a LGPD tutela de forma diferenciada dados pessoais e dados pessoais sensíveis. Segundo a própria lei, entende-se por dado pessoal “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I)¹⁰¹⁻¹⁰². Não é a natureza do dado que vai atrair essa tutela, mas apenas o fato de ele identificar alguém que é merecedor dessa tutela.

Tal definição remete ao titular de dados pessoais – a pessoa humana, e merecedora de tutela de sua privacidade – e obriga “a considerar todos os problemas específicos em um contexto caracterizado pela primazia da pessoa e de seus valores, da sua liberdade e autonomia” (Rodotà, 2008, p. 234). Assim, como expressão da dignidade humana, garantir a proteção dos dados pessoais significa assegurar o livre

artigo, “que [a lei específica] deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei”¹⁰⁰. Sendo assim, os princípios que norteiam a atividade interpretativa e disciplinam o processamento de dados e ainda a garantia dos direitos dos titulares dos dados às informações sobre o tratamento, regulados, respectivamente, nos artigos 6º e 17 a 22 da LGPD, foram incorporados ao “Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal”, que vem sendo chamado de ‘LGPD-Penal’”.

¹⁰¹ O Decreto n. 8.771/2016, que regulamenta aspectos do Marco Civil da Internet em seu art. 14, I, já definia dado pessoal: “dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa (...)”.

¹⁰² RGPD, art. 4º n. 1 define: “«Dados pessoais», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como, por exemplo, um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular”.

desenvolvimento da personalidade de cada pessoa em concreto, reconhecendo e protegendo sua dignidade. De igual modo, o dado inferido a partir do cruzamento ou conjugação de dados de um banco de dados que leve à identificação de uma pessoa será considerado dado pessoal, mesmo que isoladamente não a identifique¹⁰³.

No tocante ao regime jurídico especial conferido aos dados sensíveis, interessa examinar quais são eles e por que precisam de maior proteção. Nos termos da LGPD, dado pessoal sensível diz respeito aos de “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art.5º, II)¹⁰⁴⁻¹⁰⁵. Essa proteção diferenciada, reforçando a tutela da privacidade consubstancia a normativa constitucional, com especial destaque para os objetivos fundamentais expressos no art. 3º da Constituição da República de 1988, sobretudo no inciso IV - “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Brasil, 1988).

A disciplina específica posta ao tratamento de dados pessoais sensíveis encontra-se nos artigos 11 a 13 da Lei, indicando as hipóteses em que poderá ocorrer o tratamento, bem como impondo inúmeras restrições. Para as situações em que o titular dos dados der seu consentimento, exige-se que este seja qualificado, destacado e não genérico para o propósito específico (art. 11, I). Quanto às hipóteses que independem de consentimento (art. 11, II), certamente expõem o titular a riscos mais elevados e violações mais graves¹⁰⁶. Evidentemente, o valor orientador a ser atribuído a tal disciplina deve tomar em conta todo o substrato normativo que

¹⁰³ Para os fins da lei, dado anonimizado – não permite engenharia reversa (art. 5º, III), não é dado pessoal e, portanto, não se aplica a LGPD (art. 12, *caupt*).

¹⁰⁴ Como visto alhures, antes do advento da LGPD, a Lei do Cadastro Positivo - Lei n. 12.414/11 -, em seu artigo 3º, §3º, II tratou das informações sensíveis. As leis n. 12.037/09 e n. 12.654/12 estabelecem regras em relação aos dados genéticos no âmbito penal.

¹⁰⁵ Destaca-se essa proteção no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia- 679/2016, no art. 9º n.1 (É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa) e n.2 (enumera casos em que não se aplica o disposto no n. 1) e considerando 51 e 71.

¹⁰⁶ Cumpre referir a Rodotà, transformações do corpo, 2004.

compõe a LGPD e o sistema jurídico como um todo, em especial as normas constitucionais.

Como se pode perceber, o conceito legal de dados pessoais sensíveis indica aspectos sociais e existenciais de uma pessoa, portanto, diz respeito à essência de sua personalidade (Mulholland, 2020, p.123). Para Danilo Doneda (2019, p.142), dados sensíveis são “determinados tipos de informações que, caso conhecidas e processadas, prestar-se-iam a uma potencial utilização discriminatória ou lesiva”, podendo, portanto, constituir um risco maior que outras informações assim não categorizadas. A explicitação pela lei de dados qualificados como sensíveis evidencia a diferença prática dos efeitos do tratamento desses dados em relação aos demais e realça as possibilidades de violação da igualdade material, para além do conteúdo tradicional da privacidade e da liberdade¹⁰⁷.

Daí a defesa de uma rigorosa tutela dos dados sensíveis, componente essencial da igualdade, de modo a evitar que a coleta e o processamento dessas informações específicas possam se transformar em instrumento de discriminação da pessoa ou de grupos historicamente estigmatizados, com danos aos interessados (Rodotà, 2008, p. 236). Ademais, Doneda (2019, p.143) pontua que

(...) a própria seleção de quais seriam estes dados consideráveis sensíveis provém da avaliação de que a circulação de determinadas espécies de informação apresentaria um elevado potencial lesivo aos seus titulares, em uma determinada configuração social.

Cabe ressaltar que certos dados sensíveis específicos, como os relacionados a opinião política e sindical, crença religiosa, que normalmente se manifestam em público como exercício democrático de cidadania, recebem essa proteção especial “não somente por se referirem a fatos íntimos, mas também, e às vezes sobretudo, pelo risco de que seu conhecimento possa provocar discriminações” (Rodotà, 2008, p. 106). Em complemento, o autor reforça que,

(...) para garantir a plenitude à esfera pública, determinam-se rigorosas condições de circulação destas informações, que recebem um fortíssimo estatuto “privado”,

¹⁰⁷ Segundo Mendes (2014, p.162), “[...] na sociedade contemporânea, caracterizada exatamente pelo fluxo intenso de informações a partir de uma moderna infraestrutura de comunicação e informação, muitos outros direitos fundamentais tendem a ser afetados ou influenciados pelo fenômeno da informação. Assim, por exemplo: 1) o direito à igualdade pode ser violado a partir de decisões discriminatórias tomadas com base em bancos de dados raciais ou de imigrantes, prática conhecida como racial *profiling* [...]”.

que se manifesta sobretudo pela proibição de sua coleta por parte de determinados sujeitos (por exemplo, empregadores) e pela exclusão de legitimidade de certas formas de coleta e circulação (Rodotà, 2008, p.96).

Percebe-se que a tutela conferida deriva justamente dessa potencialidade discriminatória dos dados sensíveis, em determinada configuração social, porque podem-se perpetuar injustiças, estigmas, especialmente quando há tecnologias e sistemas que permitem categorizar os indivíduos por meio de padrões sociais existentes e, portanto, favorecer discriminações,

(...) seja porque dados pessoais, aparentemente não “sensíveis”, podem se tornar sensíveis se contribuem para a elaboração de um perfil; seja porque a própria esfera individual pode ser prejudicada quando se pertence a um grupo do qual tenha sido traçado um perfil com conotações negativas (Rodotà, 2008, p.84).

Em conclusão, “dados sensíveis dizem respeito a aspectos mais íntimos da vida ou da posição social da pessoa. Aqui o princípio da dignidade é combinado com o da igualdade para evitar discriminações ou estigmatizações sociais” (Rodotà, 2017, p.15). Com isso, a LGPD indica uma lista não taxativa de dados categorizados como sensíveis, uma vez que, mesmo o dado não sendo assim qualificado, seu uso pode revelar dados pessoais sensíveis e levar a práticas discriminatórias e desigualdades, com danos ao titular (art. 11, §1º).

Destarte, o que torna esses dados sensíveis é o tratamento dado a eles, uma vez que “um dado, em si, não é perigoso ou discriminatório, mas o uso que dele se faz, pode sê-lo” (Doneda, 2019, p.144)¹⁰⁸. Assim, para além da necessidade de circunscrever situações nas quais a possibilidade de uso discriminatório abusivo ou ilícito é muito maior, nota-se que, mesmo o tratamento de dado não qualificado como sensível, pode transmutar sua condição, fazendo com que venha a sê-lo, ainda que se preste a fins legítimos e lícitos.

Para fins de responsabilização dos agentes, o regime é único para os dados pessoais e os dados sensíveis, não havendo regulamento diferenciado, porque o dano resultante de sua violação deve ser integralmente compensado, independentemente da natureza do dado.

A LGPD traz um rol abrangente e meramente exemplificativo de modalidades de tratamento de dados, desde a coleta até a eliminação definitiva, de

¹⁰⁸ No mesmo sentido, aponta Mulholland, 2020, p.123.

modo que, a título ilustrativo, o simples arquivamento de dados é considerado tratamento, por isso a lei utiliza a expressão “toda operação realizada com dados pessoais”¹⁰⁹, que pode ser efetuada por qualquer meio, informatizado ou não, com o fim de organizar a informação, “tornando-a mais valiosa e mais útil” (Mendes, 2014, p.58). Assim, a participação do titular é um instrumento de controle sobre o fluxo dos dados e abrange todas as fases essenciais do tratamento em tutela preventiva de sua privacidade sob pena de cerceamento da liberdade.

Nesse sentido, tendo em vista o conceito amplo de dado pessoal, na medida em que inexiste dado neutro – portanto, todo dado pessoal tem importância e valor e são aspectos da personalidade, em vista do potencial de afetar a personalidade da pessoa e seus direitos fundamentais – é que, independentemente do tipo de tratamento de dado, somente pode ser efetuado com base nas disposições previstas. Dado pessoal não mais pode ser tratado sem que lhe haja uma qualificação legal ou justificativa jurídico-constitucional que autorize a fazê-lo.

Portanto, é preciso atender a uma das dez hipóteses taxativas enumeradas no artigo 7º da LGPD¹¹⁰, e artigo 11, que define as hipóteses autorizadoras de tratamento de dados sensíveis¹¹¹. Desse modo, assume especial relevância o registro das operações de tratamento de dados, como, por exemplo, por meio de registro eletrônico, e de relatório de impacto à privacidade e à proteção de dados pessoais¹¹².

Anota-se que a primeira base legal explicitada pelo legislador da LGPD refere-se ao consentimento do titular dos dados, apesar de não se sobrepor aos demais requisitos, “representa instrumento de autodeterminação informativa e livre construção da esfera privada” (Tepedino; Teffé, 2020, p. 92), mostra sua relevância

¹⁰⁹ LGPD, art. 5º, X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. Ver também o art. 14, II do Decreto n. 8.771/2016, que regulamenta o Marco Civil da internet.

¹¹⁰ O RGPD, ao abordar a licitude do tratamento, apresenta seis bases legais no seu art. 6º. Em posição semelhante, a LGPD apresenta dez bases legais no art. 7º, acrescentando mais quatro hipóteses, sendo: a realização de estudos por órgãos de pesquisa, o exercício regular de direitos em processo judicial, a tutela da saúde, a proteção ao crédito. Assim, as dez bases legais: i) consentimento; ii) cumprimento de obrigação legal ou regulatória; iii) execução de políticas públicas; (v) realização de estudos por órgão de pesquisa; v) execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato; (vi) exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; vii) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; viii) tutela da saúde; ix) legítimo interesse e x) proteção do crédito.

¹¹¹ Tratamento de dados de crianças e adolescentes, v. art. 14, LGPD.

¹¹² LGPD, art. 37 e art.6º, I; art. 5º, XVII e art.38, respectivamente.

à proteção da pessoa em relação à circulação de suas informações. Como consequência, a própria lei estabelece que o consentimento pode ser revogado a todo tempo por meio de manifestação expressa do titular, em procedimento gratuito e facilitado, fundamental para que seja verdade na prática a autodeterminação e o livre desenvolvimento da pessoa humana. Observa-se ainda que cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido de acordo com o disposto na LGPD.

Os agentes de tratamento¹¹³ são o controlador e o operador os quais podem ser qualquer pessoa natural ou jurídica, pública ou privada¹¹⁴. O controlador é o sujeito responsável pela tomada de decisões sobre o tratamento de dados pessoais e definidor de seus elementos essenciais¹¹⁵; o operador, por sua vez, é aquele que efetua o tratamento de dados em nome do controlador, segundo as instruções deste e em conformidade com as normas de proteção de dados¹¹⁶. Apesar da definição legal, de fato a identificação desses sujeitos se dará no caso específico e não em abstrato¹¹⁷ e assume relevância na prática diante das obrigações e responsabilidades que envolvam tanto o controlador como o operador. Cabe ao controlador indicar o

¹¹³ Os agentes de tratamento no RGPD são: o responsável pelo tratamento (art. 4º, n.7) e o subcontratante (art. 4º, n. 8)

¹¹⁴ Importante assinalar minuta ou proposta de resolução relativa à aplicação da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte publicada pela ANPD. O artigo 2º trata das definições para fins da regulamentação e, no inciso IV, apresenta a definição de agentes de tratamento de pequeno porte: “IV – agentes de tratamento de pequeno porte: microempresas, empresas de pequeno porte, *startups* e pessoas jurídicas sem fins lucrativos, que tratam dados pessoais, e pessoas naturais e entes despersonalizados que realizam tratamento de dados pessoais, assumindo obrigações típicas de controlador ou de operador”.

¹¹⁵ LGPD, art. 5º VI.

¹¹⁶ LGPD, art. 5º VII e 39.

¹¹⁷ Exemplo prático conforme Cots; Oliveira (2020, p.169-170): “um *site* de comércio eletrônico. A empresa X, fabricante de artigos esportivos, deseja ter um *site* para venda de seus produtos diretamente aos consumidores, mas, como o comércio virtual não é sua atividade principal, deseja delegar algumas atividades do negócio a prestadores de serviço. Assim, contrata uma plataforma virtual completa com empresa A, a gestão e meio de pagamento com a empresa B, a gestão da logística com a empresa C e a gestão do *marketing* e propaganda com a empresa D. Ao receber um pedido, os dados pessoais do usuário primeiro são captados pela plataforma (empresa A), depois seguem para o meio de pagamento (empresa B) ao mesmo tempo que são incorporados ao banco de dados da empresa Y. Após, os dados pessoais seguem para a empresa D, com a determinação de que realize a entrega do produto, ao mesmo tempo que são encaminhados à empresa E, para inclusão no *mailing* e demais atividades de divulgação. Todas as empresas do arranjo mencionadas terão acesso aos dados pessoais do usuário do *site*, mas apenas a empresa X se encaixa na figura de controlador. As demais seguem as orientações da empresa X para concretizar os pedidos e entregar o produto, não decidindo, por si, o que será feito dos dados recebidos, nem o que será feito posteriormente com eles. Assim as empresas A, B, C e D são operadoras”.

encarregado, elaborar relatório de impacto à proteção de dados pessoais. Observe-se que a figura do operador não é indispensável.

Entende-se que as pessoas subordinadas ao poder diretivo dos agentes de tratamento, como, por exemplo, os funcionários de uma clínica médica, servidores públicos, não se caracterizam como controladoras ou operadoras¹¹⁸. Ademais, numa mesma operação de tratamento de dados, pode figurar mais de um agente controlador envolvido no tratamento. Estes são caracterizados como controladores conjuntos, considerando a participação compartilhada na determinação de finalidades e meios de tratamento¹¹⁹, e, em caso de eventual dano aos interessados, respondem solidariamente. Também pode responder solidariamente com o controlador singular ou conjunto o operador¹²⁰.

Relevante assinalar que o encarregado não é considerado tratador de dados pessoais, pois, indicado pelo controlador, assume função específica para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, deve cumprir as obrigações determinadas na própria LGPD¹²¹ e em resoluções editadas pela ANPD. Com isso, não gera responsabilização perante os titulares de dados ou terceiros, uma vez que a LGPD trata exclusivamente da responsabilidade civil dos agentes de tratamento, embora possa atrair eventual responsabilidade contratual em relação ao controlador no âmbito do Código Civil¹²².

Na medida que a LGPD veio sistematizar a tutela e estruturar o tratamento dos dados pessoais, numa preocupação com a coleta e o processamento de dados em larga escala e o risco de danos à personalidade humana, por meio de vários

¹¹⁸ A Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais, com base em suas atribuições institucionais decorrentes do art. 55-J, VI, VIII e XVIII da LGPD, elaborou guias orientativos para os agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado; e de segurança da informação para agentes de tratamento de pequeno porte. Registre-se que ainda não houve a edição de Resolução pela ANPD acerca de quem pode ser considerado agente de tratamento de pequeno porte.

¹¹⁹ No âmbito do RGPD, o art. 26, n. 1 define responsáveis conjuntos pelo tratamento de dados.

¹²⁰ LGPD, art. 42, §1º, I e II.

¹²¹ LGPD, art. 41 [...] § 2º As atividades do encarregado consistem em: I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; II - receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

¹²² Código Civil, art. 186, 187, 927 e seguintes; tratando-se de encarregado empregado, especialmente 932, III, 933 e 934.

instrumentos e ferramentas vocacionados não apenas a garantir proteção dos direitos da pessoa humana, mas, antes de tudo, promover a sua plena realização. Os princípios gerais de proteção de dados, à luz dos valores constitucionais, assumem papel relevante na atividade interpretativa e na aplicação desses mecanismos disciplinados pela lei, dando a esses princípios concretude. O tratamento de dados, para estar de acordo com o ditame constitucional, deve respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Além desse princípio geral de tutela da pessoa humana, aplicam-se à proteção de dados pessoais o princípio da boa fé (art.6º, *caput*) e os princípios protetivos indicados nos incisos do artigo 6º, sendo eles: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas¹²³.

Nessa linha, o caráter principiológico da regulação¹²⁴ garante uma interpretação constitucionalmente orientada e que se apresenta como a resposta mais adequada, estabelecendo diretrizes para o futuro dada a capacidade de atualização dos princípios e melhor correspondência à realidade e às mudanças sociais. Isso se mostra coerente com a tutela da pessoa e sua dignidade “em uma matéria que, por sua amplitude e por sua tendência à aplicação em todo tipo de relação humana, não pode ser confiada unicamente às formas disciplinares casuísticas” (Rodotà, 2008, p.202). A legislação por princípios deve concretamente servir para a definição de um quadro geral “dentro do qual devem ser posteriormente colocadas e interpretadas as disposições específicas” (Rodotà, 2008, p.202, 204)¹²⁵.

¹²³ O Regulamento Europeu de Proteção de dados prevê os princípios no tratamento de dados no seu artigo 5º, impondo ao responsável pelo tratamento a obrigação de cumprir os princípios previstos e o poder de comprová-los (licitude, lealdade e transparência, limitação das finalidades, minimização dos dados, exatidão, limitação da conservação, integridade e confidencialidade, responsabilidade). Em linhas gerais, a LGPD prevê esses princípios e acrescenta os princípios da segurança, prevenção e não discriminação.

¹²⁴ Como foi salientado por Moraes (2010, p.144), ao se referir à ausência de regulamentação em defesa dos dados pessoais no Brasil: “No entanto, espera-se que o respeito à dignidade humana, consagrado no art. 1º, III da nossa Constituição, bem como a tradição civilística que o nosso sistema encerra, aliados à chamada globalização através dos direitos, permita a nossa aproximação ao modelo europeu, através de uma legislação por princípios”.

¹²⁵ O autor enfatiza que: “[...] apesar dos mal-entendidos que ainda se manifestam e que são basicamente a expressão de um atraso cultural persistente, tornou-se uma técnica jurídica generalizada e consolidada, que encontrou plena legitimação, sobretudo graças à importância da dimensão constitucional e da interpretação constitucionalmente orientada e que se apresenta como a resposta mais apropriada, não só à dinâmica induzida por mudanças e inovações contínuas e

Nesse quadro, merece particular destaque o princípio da finalidade “que faz com que a legitimidade da coleta e da circulação das informações estejam subordinadas ao uso primário para o qual foram destinadas” (Rodotà, 2008, p.104). Ademais, ao titular deve ser dado conhecimento prévio da finalidade da coleta e sobre como serão utilizadas as informações coletadas, que devem ser sempre objetivas e limitadas, “e, para algumas categorias de dados especialmente sensíveis, como as informações genéticas, estabelece que a única finalidade é o interesse da pessoa considerada” (Rodotà, 2008, p.134).

Como já alertado em doutrina, a coleta não pode transformar a pessoa, o corpo, as informações projetadas em “uma mina a céu aberto da qual é possível extrair dados ininterruptamente” (Rodotà, 2008, p.265), ou “uma rede jogada ao mar para pescar qualquer peixe” (Moraes, 2008, p.9), exigindo uma consideração rigorosa sobre a legitimidade. Por exemplo, “dados coletados para a assinatura de um jornal ou, ainda, para a fatura dos serviços de televisão podem ser utilizados para fornecer perfis individuais e de grupo a serem vendidos no mercado” (Rodotà, 2008, p.134) e, com isso, implicar eventual responsabilidade do agente responsável pelo tratamento.

Isso significa que coleta dos dados deve corresponder à finalidade perseguida, à exata pertinência, à adequação com os propósitos da coleta, que não pode ser tomada sem necessidade, impondo aos agentes que tratem menos dados, para evitar violações à dignidade e à autodeterminação informativa com danos às pessoas¹²⁶ ou à coletividade, mesmo porque, às vezes, com menos dados, é possível atingir uma determinada finalidade com a mesma eficiência, assim garantindo a maior liberdade possível.

turbulentas, mas também às necessidades de uma sociedade cada vez mais definida pela incerteza, pelo risco, líquida” (2017, p.11).

¹²⁶ Outro exemplo diz respeito a decisão em ação trabalhista da 1ª Vara do Trabalho de Dourados/MS, processo nº 0024177-39.2021.5.24.0021, que restabeleceu dispensa por justa causa levada a efeito pela empregadora por suposta embriaguez no trabalho de empregador que exercia a função de auxiliar de carga e descarga. O Juiz concluiu pela violação à privacidade do empregado e fundamentou na LGPD, tratamento sem justificativa legal e violador dos princípios da finalidade, necessidade, transparência e ressaltou tratar de dado sensível, cujo tratamento requer observância à disciplina específica posta à esta categoria de dados e frisou a ausência de consentimento do empregado. Íntegra da decisão: Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-14/juiz-aplica-lgpd-reverte-justa-causa-empregado-submetido-bafometro>. Acesso em 14 de dez. de 2021.

De igual modo, outro princípio relevante é o princípio da não discriminação, que a lei conceitua como “impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos” (art. 6º, IX). Considerando que nenhum dado é insignificante, esse princípio assume grande importância, especialmente em relação aos dados sensíveis, porque realça a discussão em torno da igualdade diante de abusos no tratamento de dados pessoais, sempre que sua utilização acarretar ações potencialmente discriminatórias.

Como adverte a doutrina, ao tratar do tema da discriminação algorítmica, “problemas ocorrerão especialmente quando o uso de algoritmo impuser aos indivíduos limitações injustificadas ao exercício de direitos” (Mattiuzzo, 2020, p.124), e, ao se referir aos termos ilícitos ou abusivos mencionados na lei, indica que, embora determinada coleta e uso de dados a princípio não considerados ilícitos, podem, no entanto, caracterizar-se como abusivos. Cita-se como exemplo, a “decisão automatizada caso a pessoa que busca por emprego seja uma mãe solteira, de baixa renda, que mora distante da zona central da cidade e, por esse motivo, seja categorizada como adequada para trabalhos temporários e de baixa remuneração” (Mattiuzzo, 2020, p.124). Afinal, “algoritmos são criados por seres humanos, com todos os seus vieses e falibilidades, bem como todas as possibilidades de desvirtuamento, a fim de privilegiar os interesses daqueles para quem foram programados” (Frazão, 2020, p.33).

Uma questão se apresenta para o desequilíbrio entre direito e tecnologia: que padrão seria esse a partir do qual recursos tecnológicos são produzidos? Ele deriva de uma suposta neutralidade das tecnologias a partir de um lugar não nomeado. Por trás de uma suposta igualdade formal no acesso, uso, desenvolvimento das tecnologias, elas seguem lidas e construídas sobre esse signo: um padrão de supremacia masculina, branca, cisheteronormativa, classista, cristã e inacessível a todos de maneira ampla (Mulholland, Kremer, 2020, p. 575-576).

Isso se deve a que padrões de injustiça, discriminação e estigma, fortemente presentes em sociedades como a brasileira, marcadamente desigual, especialmente endereçados a hierarquias raciais, mas também de classe e gênero, que são (re)produzidos por tecnologias que a todo tempo vão aparecendo e

gradativamente mais sofisticadas¹²⁷. Com efeito, “o racismo como estruturante e estruturador das relações políticas, sociais, econômicas, de gênero e sexuais foi, no máximo, tratado como um problema de negros e negras” (Pires, 2017, p.2). A consequência nefasta disso é que esse processo de desumanização do outro é estrutural, está na formação brasileira e determina o funcionamento das instituições, das relações intersubjetivas. A realidade racial da população negra é a discriminação, que tem o racismo como estigma. Nas palavras de Abdias Nascimento, “as feridas da discriminação racial se exibem ao mais superficial olhar sobre a realidade social do país. Com lei ou sem lei, a discriminação contra o negro permanece difusa, mas ativa” (Nascimento, 2016, p.82).

Nesse sentido é que o ordenamento jurídico dispõe de forma expressa sobre a proteção de grupos historicamente alvo de estigmas e subalternização e, portanto, mais suscetíveis a tratamentos discriminatórios como a previsão do artigo 3º, IV, da CF antes mencionado, entre outras disposições constitucionais e infraconstitucionais¹²⁸. Daí resulta a lógica de proteção diferenciada dos dados sensíveis para evitar práticas discriminatórias que limitem o acesso a direitos, afetando desproporcionalmente parcela da população. Assim, a interpretação deve tomar em conta especialmente o princípio da não discriminação, que veda o tratamento discriminatório abusivo ou ilícito de dados pessoais, em verdadeira defesa da pessoa e de seus valores, da igualdade e liberdade.

O princípio da não discriminação deve ser refletido em todas as circunstâncias em que o uso de dados, sejam sensíveis ou não, gere algum tipo de desvalor ou indução a resultados que seriam inequívocos. Esse princípio deve servir como base de sustentação da tutela dos dados sensíveis, especialmente quando estamos

¹²⁷ Exemplo disso é o caso de Luiz Carlos da Costa Justino, negro, 23 anos de idade, músico da Orquestra de Cordas da Grota, em Niterói, o violoncelista, inocente, ficou cinco dias preso e chegou a dividir a cela com 82 pessoas, porque a vítima de um roubo, ocorrido três anos antes, o acusara com base em uma foto dele que constava do banco de dados da Polícia Civil do Rio de Janeiro, não se sabendo porque a foto estava no banco de dados, visto que Luiz Carlos sequer tinha antecedentes criminais. Confira-se a reportagem da Revista Piauí intitulada “Qual facção, vagabundo?”. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/qual-facciao-vagabundo/>. Acesso em 19 novembro de 2020.

¹²⁸ Importante destacar a Lei n. 7.716/1989, marco normativo de combate ao racismo, que trata dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica”. Em tal perspectiva, a Ação Civil Pública - disciplinada pela Lei n. 7.347/1985 – dispõe que, sem prejuízo da ação popular, regem-se pelas suas disposições as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (art.1º, IV).

diante do exercício democrático e do acesso a direitos sociais, tais como o direito ao trabalho, à saúde e à moradia (Mulholland, 2020, p.124).

De modo mais amplo, é importante notar que o tratamento legítimo, sem fins discriminatórios ilícitos ou abusivos, transparente dos dados pessoais, depende da realização de outros direitos fundamentais¹²⁹.

De igual modo, particularmente relevante se apresenta o princípio da responsabilização e da prestação de contas, em conexão com o da prevenção, previsto no inciso X do artigo 6º, que considera “responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”. A previsão, à semelhança do Regulamento europeu, aponta para o reconhecimento do princípio da responsabilização proativa, o que é indicado. Com efeito, coloca-se a necessidade de se investigar sua compatibilidade com o sistema protetivo próprio ao direito brasileiro, que deve ser, nesses termos, conciliado com as previsões da LGPD. A essência desse princípio diz respeito à imposição de deveres voltados a prevenir ocorrência de danos.

Mais precisamente, o agente de tratamento, ao tomar as medidas técnicas e organizativas adequadas para provar que o tratamento está em conformidade com a lei, deve considerar os dados que tratam, finalidades do processamento e a dimensão da operação. O controlador ainda deve realizar uma análise dos dados que trata, sobretudo quando envolver dados sensíveis, e, por meio de atitudes proativas, identificar os próprios riscos e adotar medidas aptas a evitar os riscos de danos aos interessados.

¹²⁹ Em recente decisão, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho impôs à GPS Logística e Gerenciadora de Riscos a abstenção na utilização de bancos de dados e de prestar informações sobre restrições de crédito de candidatos a emprego em transporte de cargas. O entendimento foi no sentido de que os cadastros de serviços ao crédito não devem ser usados como critério para a contratação de motoristas de transporte de cargas, uma vez que se afigura discriminatório. Considerou-se que, ao incluir esse elemento como de risco ao contrato e repassá-lo inclusive à seguradora, há potencial infração à lei. Aplicou-se a LGPD, especialmente os princípios, o art. 1º da Lei n. 9.029/1995, o art. 13-A da Lei n. 11.442/2007. Ainda houve condenação em dano moral coletivo. A ação civil pública foi ajuizada em 2012 pelo Ministério Público do Trabalho. (TST. Embargos em Recurso de Revista. Processo E-RR-933-49.2012.5.10.0001 (nº do TRT de origem: RO-933/2012-0001-10). Rel. Min. Maria Helena Mallmann. Órgão Judicante: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Julgamento em 16.12.2021. Publicação do acórdão: 25.02.2022).

Algumas medidas, e respectiva demonstração, consistem em avaliação e revisão de medidas internas relativas ao tratamento dos dados, inclusive levantamento das operações realizadas; estabelecimento de medidas de segurança adequadas para garantir a integridade, confidencialidade e disponibilidade dos dados tratados, e de políticas de privacidade e canal interno de tratamento de reclamações. Além disso, deve-se promover treinamento de pessoal, equipes e definir responsabilidades, como nomeação de encarregado; registro das atividades de processamento de dados sob sua responsabilidade; realização de relatório de impacto à privacidade e à proteção de dados pessoais, comunicação à autoridade de proteção de dados e aos titulares de ocorrências de violação de dados ou incidentes de segurança.

Em consequência, o descumprimento das obrigações pode implicar administrativamente sanções, que vão desde advertência, aplicação de multa, que pode chegar a cinquenta milhões de reais por infração, até a proibição parcial ou total das atividades de tratamento de dados (art. 52); além da responsabilidade por danos, que visa assegurar a reparação integral e efetiva dos danos causados por violação ao direito à privacidade. Considerando que o tratamento de dados alcança, em grande medida, informações referentes a inúmeras pessoas, eventuais ofensas podem atingir diversas vítimas, ou grupos, o que pode viabilizar a reparação de danos coletivamente.

Desse modo, não se pode deixar de mencionar aspecto de grande relevância para os fins de efetividade da lei que diz respeito à atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão central do sistema brasileiro de proteção de dados e defesa dos direitos dos titulares. A Autoridade de Proteção de Dados, cujas competências e atribuições encontram-se estabelecidas na LGPD, é responsável pela fiscalização e aplicação das sanções administrativas previstas na lei, mas, antes, de fomentar cultura voltada para a importância da proteção de dados e da privacidade por meio do engajamento de todas as instituições públicas e privadas de modo a garantir dimensão essencial da liberdade das pessoas para o desenvolvimento de sua personalidade da forma mais plena possível.

À vista do exposto, denota-se forte inspiração e influência do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia em relação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira. Nada obstante, vislumbra-se que o modelo regulatório

de proteção de dados brasileiro foi se delineando a partir de leis esparsas e setoriais, já existentes, que tangenciavam a matéria da proteção de dados, sem se olvidar do papel da jurisprudência.

Desse modo, a Lei Geral representa um marco na estruturação do sistema brasileiro de proteção de dados pessoais. Assim, na medida em que a Lei visa garantir a proteção da pessoa, sua privacidade e o direito fundamental à proteção de dados, exige-se que os mais diversos agentes de tratamento apliquem medidas adequadas e eficazes para implementar os princípios fundamentais na proteção de dados a par de uma regulação que tem como um de seus fundamentos principais a diminuição do risco mediante uma responsabilização positiva e inúmeros instrumentos de garantia e reforço dos direitos dos titulares, endereçados à realização de deveres voltados à eliminação prévia de riscos de lesões.

3.

Conceitos fundamentais de responsabilidade civil na proteção de dados pessoais

Delineados esses aspectos da LGPD, considerando que a atividade de tratamento de dados pode causar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, pretende-se, pois, neste capítulo, enfocar, sob as lentes da constitucionalização, o papel da responsabilidade civil na proteção da pessoa, passando pelos elementos ensejadores da obrigação de indenizar e sua consideração nos problemas específicos da proteção de dados.

3.1.

O papel da responsabilidade civil na proteção da dignidade da pessoa

A responsabilidade civil, como se sabe, assume hoje relevância acentuada tendo em conta a necessidade cada vez mais urgente de dar concretude aos direitos fundamentais da pessoa humana diante dos problemas concretos decorrentes, não só mas também, do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais. É elemento jurídico “que perfaz relevante mediação entre certas práticas sociais e sua respectiva proteção ou reprovação jurídica” (Fachin, 2010, p.11) e, por conta disso, consiste em instrumento jurídico essencial no ordenamento jurídico para garantir efetividade à dimensão existencial da pessoa e apresenta-se como a principal forma de tutela diante da ofensa aos seus direitos.

Em específico, afirma-se que a atividade de tratamento de dados não é neutra, por isso a consideração de que nenhum tratamento de dado é irrelevante, tampouco o é a atividade em função de si mesma, de modo que terá legitimidade constitucional, como de resto, qualquer outra atividade, se contribuir para o desenvolvimento da pessoa e para sua efetiva participação na vida social (Perlingieri, 2008, p.864)¹.

¹ No considerando nº 4 do regulamento europeu de proteção de dados, encontra-se menção de que “o tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir às pessoas”. Nesse sentido, tomando como premissa a hierarquia de valores estabelecida na Constituição, Perlingieri (2008, p.522) pontua que “as situações patrimoniais – empresa, propriedade, contrato –, não podem deixar de ter uma função socialmente relevante e, sobretudo, não podem deixar de se realizar em conformidade aos valores da pessoa humana. [...] Isso faz com que a atividade econômica, categoria do ter, deva ser instrumental à realização dos valores existenciais, à categoria do ser”.

Entende-se que o problema da responsabilidade civil consiste basicamente em verificar, à luz de parâmetros fundados nos valores constitucionais, quem deve suportar os custos pelos danos sofridos na vida social – paga o dano o agente causador ou incide sobre a própria vítima. Sendo assim, serve como instrumento de tutela dos valores primordiais do sistema jurídico. Ainda nesse ponto já se asseverou que “a disciplina da responsabilidade civil, portanto, deve muito mais a escolhas político-filosóficas do que a evidências lógico-rationais, decorrentes da natureza das coisas. (...) A decisão – ética, política e filosófica, antes de jurídica – deverá ser tomada pela sociedade em que se dá o evento (Moraes, 2003, p.21)².

De fato, sob a égide do Código Civil de 1916, a construção da responsabilidade civil se operou fundada na noção de ato ilícito e, em particular, no elemento culpa, associada à ideia de sanção do agente causador do dano. Resulta daí o caráter moralizador que a responsabilidade civil sempre apresentou e do direito como instrumento de repressão cuja ênfase se voltava para o momento patológico das relações sociais.

Progressivamente, os acontecimentos mostraram a insuficiência desse modelo subjetivo, centrado na reprovabilidade da conduta do ofensor, passando os especialistas e os aplicadores do direito a voltar a atenção para o dano em detrimento da culpa³, acompanhada da dificuldade de sua prova. Isso porque, junto com a incessante evolução e aprimoramento tecnológico, surgiram novas exigências de tutela tendo em vista as consequências potencialmente danosas desses

² Em outra sede, afirma-se que a responsabilidade civil é “uma qualificação jurídica que indica e traduz a natureza do que nela se contém, projetando-se, ora como luz, ora como sombra, de um conjunto de valores dominantes e normas vigentes que numa dada sociedade compõem a escultura sistemática do Direito” (Fachin, 2010, p.11). Segundo Adrian Sgarbi (2020, p.219), “a conformação da responsabilidade civil varia no tempo e no espaço. Tal se deve por não ser mais do que situação imputada. Daí que apenas se pode compreender estruturalmente a responsabilidade em atenção aos objetivos perseguidos com a sua estatuição”. Ainda de acordo com Judith Martins-Costa (2020, p.390), a responsabilidade civil é “instituto jurídico de distribuição normativa dos riscos sociais”.

³ Como se observou em doutrina ainda no século passado, tornou-se imprescindível abandonar o elemento moral, a avaliação psicológica ou a possibilidade de previsão ou diligência para colocar o problema da responsabilidade civil na perspectiva da reparação: “o fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo, como na imposição da pena” (Lima, 1998, p.115). Digno de nota também Aguiar Dias (2006, p.57), ao se referir à fórmula clássica atribuída a Ihering de que “*sem culpa, nenhuma responsabilidade*”, apontou que a teoria da culpa assim considerada “satisfez por dilatados anos a consciência jurídica [...]”.

avanços tecnológicos, apesar dos benefícios gerados no que diz respeito ao incremento das atividades econômicas e ao desenvolvimento social⁴⁻⁵.

Nesse sentido, a disciplina tradicional da responsabilidade civil por fato ilícito baseava-se na tríade dano, culpa e nexo causal, compreendendo assim a existência de um fato voluntário do agente causador do dano, a ilicitude do ato, ligação entre o fato e o agente, o dano e ainda o nexo causal. Na prática, para obter a indenização, a vítima precisa fazer prova da conduta culposa do causador do dano, e a existência de nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano. Com essa conotação individualista liberal, a avaliação subjetiva da culpa dificultava sua prova e, do mesmo modo, o elemento causal, e o resultado disso era o desamparo da vítima que permanecia irressarcida⁶.

Nesse itinerário, despontou no final do séc. XIX, na França, um outro mecanismo de responsabilização independentemente de culpa, baseado no risco das atividades, cuja atenção não se volta para o agente ofensor e a ideia de imputação moral, mas tem em vista a vítima. A esta visa assegurar o mais amplo ressarcimento, uma vez que não podia deixá-la desamparada diante da multiplicação dos danos, provocados pela “complexificação social e industrialização, vistos não mais como acontecimentos extraordinários, mas como algo esperado pelo próprio desempenho da atividade” (Moraes, 2010, p.336).

Como consequência, assiste-se a um movimento de reformulação dos princípios e paradigmas da responsabilidade civil constatada a insuficiência de uma

⁴ Conforme Noronha (1998, p. 25), a exigência de uma conduta culposa como pressuposto da responsabilidade não se coaduna com a aspiração social no sentido da reparação de todos os danos causados por outrem. O direito tinha de deixar de preocupar-se só com o comportamento da pessoa responsável, ele tinha de se orientar, como afirma Jourdain, na direção do ‘*objeto* da responsabilidade civil: a reparação dos danos’”.

⁵ Ainda, segundo Aguiar Dias (2006, p.25): “O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que evolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou o processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerando em cada tempo, em função das condições vigentes”.

⁶ Nesse ponto, há muito, observou Josserand (1941, p. 551): “então a vítima dum acidente, mas geralmente dum dano qualquer, devia, para obter uma indenização, oferecer uma tríplice prova; precisava estabelecer, antes de tudo, que sofrera um dano; depois, que seu adversário cometera um delito; enfim que o dano decorria do dito delito; dano, culpa e nexo de causa entre esta e aquele, tais eram os três pontos sensíveis do processo, sem o que era a derrota, isto é, a recusa a qualquer indenização”.

ótica individualista para dar conta dos dilemas sociais que se apresentam⁷. Nessa tendência, “mais do que apontar o responsável pelo dano optaram legisladores e aplicadores do direito em dizer como ele deve ser reparado” (Dias, 2006, p.50).

A disciplina da responsabilidade civil, assim, abriga a partir daí, as teorias subjetiva e objetiva, destacando a progressiva ampliação das hipóteses de responsabilidade sem culpa no ordenamento jurídico pátrio, por obra do próprio legislador ao se constatar sua presença em diversos diplomas legislativos; então chamado modelo solidarista e que se consolida com a Constituição Federal de 1988, “que projeta o dever de reparar para além dos confins da conduta culposa dos indivíduos” (Tepedino, 2004, p.193)⁸, delineando os contornos a serem seguidos pelo legislador ordinário e as bases para sua interpretação e aplicação.

A par desse breve panorama inicial, o Código Civil atual, na esteira do anterior, dispõe de uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva (art. 186), além de contemplar uma cláusula geral de responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único) e hipóteses legais específicas de responsabilidade independentemente de culpa. A despeito disso, é sob o influxo dos princípios constitucionais e especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana – que reconhecem na pessoa o valor fundamental do ordenamento à luz do qual se deve reler a normativa ordinária, incluindo todas as disciplinas sobre responsabilidade civil – que os fundamentos da sistemática do dever de ressarcir se alteram profundamente e por efeito da própria constitucionalização do direito civil de maneira mais ampla.

⁷ Há muito tempo, Aguiar Dias (2006, p.50-51) sublinhou que o que importa na consideração das soluções para os novos problemas é que “o centro da preocupação em matéria de responsabilidade civil deixou de ser o homem, isoladamente considerado, para ser o homem coletivo e socialmente considerado, inserido num mundo cujas fronteiras vão desaparecendo, para o bem ou para o mal, por força da rápida e surpreendente capacidade tecnológica de alterar nossos hábitos, nossos direitos e deveres, nossa cultura, enfim, o mundo em que vivemos”. E, mais adiante, o autor pontua: “No processo de alteração do direito, um homem novo, preocupado com o destino da humanidade e com o mundo que deixaremos para os nossos descendentes, preocupado com as injustiças sociais, com a visão voltada para a construção de uma sociedade mais igualitária, em que os valores éticos sejam resgatados e efetivamente empregados nos dilemas presentes, deve ser o ponto de partida da evolução da responsabilidade civil” (p.52).

⁸ “Justifica-se, assim, inequivocadamente, a preocupação do constituinte em prever, ele próprio, certas hipóteses de responsabilidade civil objetiva e de seguro social (art. 7º, XXVIII; art. XXIII, ‘c’; art. 37, 6º), bem como a cumulação dos danos morais e materiais (art. 5º, X,X), abrindo caminho para o legislador infraconstitucional (basta pensar na Lei nº 8.079/90, o Código do Consumidor) e da jurisprudência (em importantíssima tarefa de definir os critérios de liquidação dos danos), no sentido de ampliar os confins da reparação e da repartição social dos danos” (Tepedino, 2004, p.194).

Se, na perspectiva tradicional, “a responsabilidade civil se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais” (Moraes, 2010, p.59), a partir dessa renovada leitura comprometida com a máxima concretização do projeto constitucional, além do já mencionado princípio da dignidade da pessoa humana, foram incorporados à disciplina da responsabilidade civil princípios como os da solidariedade social e da justiça distributiva, cuja força normativa impõe a reconstrução da função e dos princípios fundamentais do dever de reparar⁹.

Sob tal ótica, desloca-se definitivamente a ênfase da responsabilidade civil do agente causador do dano para dar centralidade à pessoa da vítima com a consequente ampliação da tutela de seus interesses, uma vez que mais importante que a identificação de um culpado, passa ser a reparação da vítima pelos danos sofridos injustamente¹⁰. Houve uma expansão do dano ressarcível, em consequência do paradigma da pessoa e sua tutela ampliada como exigência cada vez maior do princípio de proteção da pessoa determinado constitucionalmente (CF, art. 1º, III) e de critérios objetivos de reparação ante ao necessário atendimento da solidariedade constitucional no âmbito da responsabilidade civil em busca pela tutela mais adequada aos danos injustos à pessoa humana¹¹.

Em virtude disso, a responsabilidade civil não é sempre e necessariamente decorrente de um ato ilícito, uma vez que a atenção se volta para o dano injusto, o que permite novas formas de se atribuir responsabilidade, uma vez constatada a insuficiência do modelo tradicional de responsabilidade que se baseava

⁹ “Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica da autonomia privada, cada vez mais exacerbada na era da tecnologia” (Tepedino, 2004, p.194).

¹⁰ Com efeito, “A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido de tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos” (Moraes, 2010, p.331).

¹¹ Conforme Tepedino *et al.* (2020, p.57), “tal tendência esteia-se na Constituição da República de 1988, que erigiu a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CR), que consagrou a reparação dos danos morais, autonomamente considerados em relação aos danos materiais (art. 5º, V, X, CR) e estabeleceu, com fundamento nos princípios da solidariedade social e da justiça distributiva (art. 3º, I e III, CR), os novos contornos da responsabilidade civil, associados à seguridade social, no sentido de ampliar os confins do dever de reparar e da repartição social dos danos (art. 7º, XXVIII, art. 21, XXIII, “c”; art. 37, § 6º, art. 190 e ss)”.

exclusivamente na culpa. Assim evoluiu para a responsabilização independentemente de culpa e baseada no risco como decorrência da aplicação do princípio da solidariedade social, sendo que também a própria noção de culpa veio a ser alterada e o nexo causal, flexibilizado.

De fato, “a responsabilidade civil tornou-se a instância ideal para que, através das hipóteses de dano indenizável, não somente seja distribuída justiça, mas também seja posto em prática o comando constitucional da solidariedade social” (Moraes, 2003, p.24), expansão ressaltada na doutrina e vislumbrada na jurisprudência e funda-se na preocupação em buscar a melhor forma de promover a pessoa humana.

Nesse movimento, ainda cumpre referenciar que as regras básicas de responsabilidade civil constantes no atual Código Civil¹² também se revelam insuficientes para dar conta dos problemas da reparação dos danos, e, para além de inúmeras outras disposições de responsabilidade no âmbito do próprio Código, encontram-se na legislação esparsa hipóteses de regimes diferenciados sobre responsabilidade civil. Isso dificulta mais ainda a ideia de uma sistematização em relação à matéria, como se vê da própria responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados brasileira, e as demais disciplinas entabuladas em leis que tratam de aspectos da proteção da privacidade de dados, como o Marco Civil da Internet, para ficar apenas nesses temas, a despeito de tantos outros regimes que se apresentam em outras leis, a revelar a dificuldade da matéria¹³.

Nesse particular, sem descuidar da necessidade de se promover a tutela adequada da pessoa humana e sublinhando a necessidade de balizas ante os intrincados rumos da responsabilidade civil, em doutrina já se assinalou que:

(...) por mais louvável que seja a ampliação do dever de reparar, protegendo-se as vítimas de uma sociedade cada vez mais sujeita a riscos – decorrentes das novas tecnologias, dos bancos de dados pessoais, dos aparatos industriais, da engenharia genética, e assim por diante –, não se pode desnaturar a finalidade e os elementos da responsabilidade civil. O dever de reparar não há de ser admitido

¹² Como se sabe, apesar de sancionado nos primeiros anos do século XXI, o Código de 2002 reflete o pensamento jurídico cristalizado na década de 1970, de modo que somente uma leitura constitucionalizada de todos os seus institutos opera sua atualização aos valores enunciados constitucionalmente.

¹³ “Difícilmente haverá no Direito Civil matéria mais vasta, mais confusa e de mais difícil sistematização do que a da responsabilidade civil” (Facchini Neto, 2010, p.19).

sem a presença do dano e do nexo de causalidade entre a atividade e evento danoso, tendo por escopo o ressarcimento da vítima (Tepedino, 2004).

Isso significa dizer que o influxo dessas mudanças no campo da responsabilidade civil gerou uma renovada releitura de seu fundamento e seus tradicionais elementos. Contudo, na atualidade, esses conceitos fundamentais da disciplina ainda se encontram em viva discussão, quanto à função que a responsabilidade deve desempenhar no ordenamento jurídico, aos fatores de atribuição dessa responsabilidade, assim, sobre noções de culpa, risco. Além disso, discute-se também sobre a exata compreensão da concepção de dano ressarcível e o problema do nexo de causalidade. Enfim, notadamente, por se tratar a responsabilidade civil de um instrumental técnico que, além de se ocupar do modo como a vítima deve ser reparada, pode servir ao favorecimento de novas garantias à tutela de seus direitos, o que a mantém em um papel importante e em permanente construção¹⁴.

Como pontua Maria Celina Bodin de Moraes (2014, p.1):

Todas as dificuldades encontradas na busca da medida idônea de tutela da pessoa humana por meio do instrumento da responsabilidade civil servem apenas a confirmar a afirmação do principal objeto do direito civil atual: o pleno desenvolvimento do projeto de vida de cada pessoa humana na mais ampla medida possível.

Diante dessas questões, cabe afirmar que somente a perspectiva constitucionalizada tem o condão de oferecer soluções adequadas às complexas indagações presentes no direito da responsabilidade civil na contemporaneidade¹⁵.

¹⁴ Como ensina ilustre doutrina, “a disciplina da responsabilidade civil é uma disciplina que se presta muito a seguir as novas tendências determinadas em uma organização social, e que oferece a elas uma primeira forma de tutela quando as outras formas de tutela, que demandariam uma intervenção do legislador, ainda não estão maduras e percebidas pela sociedade e pelos parlamentos. Um primeiro lugar para emergir interesses novos no momento em que, por exemplo, houve a consciência da importância do ambiente, do valor crescente da saúde individual e coletiva. O uso da responsabilidade civil serviu para dar ingresso ao mundo do direito uma série de interesses que, de outra forma, seriam deixados do lado de fora da porta. Desse ponto de vista, essa flexibilidade e essa adaptabilidade da disciplina da responsabilidade civil mantém sua importância. Em segundo lugar, o próprio fato de que vivemos em uma organização social, com alto potencial de causar danos, a mantém em um papel importante. Isso pode comportar, e comporta, uma série de riscos e de utilizações impróprias da técnica de responsabilidade civil que pode ter implicações jurídicas e sociais negativas” (Rodotà, Entrevista com Stefano Rodotà, 2002).

¹⁵ Nesse sentido, a importância da perspectiva da aplicação direta e imediata da normativa constitucional, que “não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica,

Como visto, o desenvolvimento de novas tecnologias, presentes na sociedade de informação, desafia a teoria da responsabilidade civil para dar conta do alcance da gravidade dos danos que podem ser produzidos, e a cada vez mais novos instrumentos capazes, não apenas, de integralmente reparar danos injustos, que, não raro, irão ocorrer, mas, também, de prevenir os riscos de dano, favorecendo a proteção integral da pessoa, cujos direitos demandam de forma acentuada cuidado e solidariedade.

Sob o fio condutor da alteridade, pois, remodela-se a própria concepção de responsabilidade, e da perspectiva multifuncional da responsabilidade civil emerge a construção do único caminho capaz de funcionalizá-la à promoção dos parâmetros axiológicos máximos do ordenamento, assentados na solidariedade social e, principalmente, no livre desenvolvimento da pessoa humana (Monteiro Filho, 2020, p. IX).

É nesse sentido que a responsabilidade civil, “reprogramada sob a ótica civil constitucional” (Mulholland, 2009, p.12), deve servir de instrumento para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Assim considerada, a responsabilidade torna-se essencial para a realização da dignidade da pessoa e da solidariedade. Nas palavras de Perlingieri (2008, p.766):

Uma vez reconhecida a personalidade humana como interesse juridicamente protegido e relevante para o ordenamento, a responsabilidade civil se estende também a todas as violações dos comportamentos subjetivos nos quais pode se realizar a pessoa. (...) No princípio geral de tutela da pessoa, entram todos os comportamentos e os interesses subjetivos mediante os quais se realiza a personalidade.

Ainda nessa linha, cabe sublinhar que a tutela da pessoa nem mesmo pode se realizar plenamente no tradicional perfil do ressarcimento do dano, assumindo importância uma função preventiva em sentido amplo do instrumento ressarcitório. Esta deve se dar no sentido de que os danos devem ser evitados, a despeito da função compensatória que determina que todo dano injusto deve ser efetiva e integralmente reparado, com o objetivo de concretizar os valores existenciais (Perlingieri, 2008, p.768). Como acentua o autor, todo instituto jurídico se apresenta sob os perfis da estrutura e função, mas a função determina a estrutura, pelo que

mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores” (Perlingieri, 2008, p. 590).

segue, e não precede, a função, devendo-se considerar os valores do ordenamento que incide em cada situação subjetiva (Perlingieri, 2008, p. 642).

Na esfera da proteção de dados, o legislador da LGPD apresenta um sistema particular de responsabilidade civil, uma vez que determina a obrigação de ressarcir os danos eventualmente causados, conforme previsto nos artigos 42 a 45, mas estabelece diversos instrumentos e ferramentas voltados à prevenção de danos, como forma de endereçar, sobretudo, as determinações dos princípios nela estabelecidos, especialmente o da responsabilização e prestação de contas.

Ainda de acordo com a lei, esse sistema de responsabilidade está vinculado à noção de dano, de violação da legislação de proteção de dados por parte dos agentes, e à reparação. Contudo, o legislador não mencionou expressamente a natureza da responsabilidade por danos, se subjetiva, baseada na culpa como fator de atribuição de responsabilidade do agente, ou se objetiva, fundamentada no risco da atividade desenvolvida no tratamento de dados pessoais.

Com esse panorama, percebe-se como os princípios, antes alheios à disciplina da responsabilidade civil, moldam os seus novos contornos, destacando-se, entre outros, o princípio da solidariedade social, o princípio da dignidade da pessoa, aos quais se soma o princípio da prevenção. A partir desses princípios, importa a consideração dos elementos da responsabilidade civil – dano, nexo causal, critérios de atribuição de responsabilidade – e a verificação de que forma esses elementos jurídicos concretamente se apresentam para a solução de questões relevantes aos contornos do direito à proteção de dados.

Cabe esclarecer, contudo, que não se trata de exaurir todos os aspectos que envolvem cada um dos conceitos fundamentais da responsabilidade civil, dada a dimensão e a complexidade dos temas que circundam cada um deles, mas apenas o imprescindível para o que se pretende neste estudo. Busca-se perceber nesse movimento pela tutela dos direitos a função que a responsabilidade civil deve cumprir hoje destacadamente na proteção de dados que melhor favoreça a primazia da promoção da pessoa humana e sua dignidade.

Nesse caminho, o trabalho doutrinário afigura-se como importante, não apenas nesse cenário inicial, mas também sobre o conjunto de decisões jurisprudenciais decorrentes de casos reais que começaram a chegar nos tribunais pátrios, dado a novidade da matéria e a recente entrada em vigor da lei. Isso exige

dos juristas esforço na sistematização da matéria de modo a edificar um sistema de responsabilidade na proteção de dados que tome em conta dos diversos valores existenciais alcançados pela circulação das informações por meio das muitas e cada vez mais sofisticadas formas de coleta e tratamento de dados pessoais.

3.2.

O dano e a sua identificação

A responsabilidade civil imantada pelos valores solidaristas torna-se imperativo constitucional de proteção da pessoa humana, de modo que cabe ao instituto pender sempre para a proteção à vítima de um dano, seja o interesse lesado patrimonial ou não. Uma vez que a responsabilidade civil se dirige totalmente para a pessoa da vítima, assume importância o dano sofrido sem o qual não se configura a obrigação de indenizar.

A existência do dano é assim primordial à obrigação de indenizar. Essa consideração alcançada pela figura do dano na responsabilidade civil atual, voltada fundamentalmente à reparação de danos injustamente causados a alguém, e o desprestígio da culpa levaram parte da doutrina a propugnar a alteração da própria designação do instituto para considerar tal fenômeno jurídico como “direito de danos”, destacando a “reprogramação” da responsabilidade civil funcionalizada à nova axiologia solidarista¹⁶.

Por sua vez, considerando-se que nem todo dano é indenizável, é preciso identificar quais são os eventos danosos que podem ser transferidos da vítima ao

¹⁶ Nesse sentido, Mulholland (2009) defende a reprogramação da responsabilidade civil sob a ótica do direito civil constitucional para a construção de um direito de danos. Sobre o ponto sublinha que “(...) ainda que na origem o direito da responsabilidade civil seja individualista e patrimonialista (pois seu objetivo é a reparação pecuniária e individual de um dano), sua interpretação e aplicação hoje levam em consideração outros fundamentos, de cunho solidarista, instrumentalizando uma ótica personalista do direito civil, especialmente no que se refere ao Direito de Danos”. E, em nota na mesma página, a autora esclarece: “a expressão *direito de danos* deve ser utilizada preferencialmente quando nos referimos ao estado atual da Teoria Geral da Responsabilidade Civil. Isso porque (...) a noção de responsabilidade está atrelada a uma ideia moralizante e limitadora da autonomia individual, característica marcante do século XX; enquanto a expressão *direito de danos* seria mais consentânea das funções hodiernas do estudo da obrigação de indenizar, pois se refere aos danos que devem ser indenizados. A Análise é, pois, objetivada em relação ao resultado, afastando-se a pesquisa da conduta pessoal fruto da autonomia individual reprovável causadora de um prejuízo (visão subjetiva da responsabilidade)” (p.13).

agente ofensor, de modo a que fique obrigado a indenizar. A compreensão jurídica de dano toma em consideração a lesão a direitos e interesses merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico, ensejando a respectiva reparação¹⁷. Isso significa, como já visto, que não se pode limitar a obrigação de indenizar aos interesses merecedores de tutela com base em direitos subjetivos ou qualquer outra situação jurídica subjetiva especificada previamente pelo legislador, o que acabaria deixando desprotegidos novos interesses merecedores de proteção, notadamente considerando a ampliação progressiva de hipóteses lesivas que cada vez mais põem em risco a personalidade humana¹⁸.

Ainda sobre os aspectos conceituais de dano, em doutrina, sublinha-se que a palavra dano pode expressar a lesão a direito ou interesse juridicamente protegido, mas também a própria consequência jurídica dessa lesão, que pode se referir a efeitos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais, conforme o interesse lesionado. Por vezes se confundem, mas ambas as acepções são relevantes porque indicam quem responde pelo evento danoso, como também com quanto responde ao se delimitarem as verbas indenizatórias com base na extensão do dano¹⁹.

Considerado tradicionalmente uma diminuição de bem jurídico causada por um ato ilícito, passa-se a exigir que o dano seja injusto para que seja indenizável, “como resultado de uma ponderação dos interesses em jogo à luz dos princípios constitucionais” (Moraes, 2003, p.179). Esse giro valorativo da

¹⁷ “A importância da noção jurídica de interesse é que ela determina a extensão do dano que alguém esteja obrigado a indenizar. Se a noção de dano fosse simplesmente um conceito naturalista, seriam as leis da física que dariam as regras próprias para a fixação dos limites do dano indenizável. Entretanto, há uma noção física de dano e uma noção jurídica. Como sucede muitas vezes, a norma jurídica seleciona uma fração do fato social para transformá-lo numa situação jurídica. Alude-se a esse propósito a noção de interesse violado” (Silva, 2015, p.2).

¹⁸ Conforme leciona Perlingieri (2008, p. 767): “(...) devem ser consideradas juridicamente relevantes também aquelas situações que o ordenamento orienta em direção à realização da pessoa em termos positivos e fisiológicos. A tutela do momento patológico demonstra justamente que o interesse é relevante também do ponto de vista substancial: reconhecer o dever de não interferência de terceiros significa que a pessoa é considerada pelo ordenamento como interesse protegido”.

¹⁹ “Quando nos referimos ao fato de que uma pessoa sofreu um dano, estamos designando a violação de um interesse, de um direito, tutelado pelo ordenamento jurídico. Quando, em complementação, dizemos que o dano que a pessoa sofreu é um determinado valor, e que este *quantum* deve ser reparado pelo agente que o causou, estamos fazendo referência ao dano enquanto consequência jurídica. Temos a ideia de dano como acontecimento social tutelado pelo Direito e dano como consequência juridicamente tutelada, ambos, evidentemente, com a devida relevância na pesquisa da atribuição de responsabilidade (quem responde) e na sua definição de verbas indenizatórias (quanto responde)” (Mulholland, p. 2009, 25). Também Sirena, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. **Revista da AJURIS** – Porto Alegre, v. 47, n. 149, p.383-408, Dezembro, 2020.

responsabilidade civil do ato ilícito para o dano injusto, mais solidarista, revela uma abertura conceitual de dano indenizável que demanda, contudo, para sua aferição, verificar concretamente se o interesse lesionado na percepção dos valores fundamentais é digno de tutela jurídica a ponto de permitir a configuração da obrigação de indenizar.

Sob tal ótica, coerente com o desenvolvimento da responsabilidade civil, na preocupação com o reconhecimento do ressarcimento integral à pessoa lesada, compreende-se que “o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida” (Moraes, 2003, p.179). Dessa maneira, amplia-se a noção de dano ressarcível, que passa a ser todo dano injusto, uma cláusula geral, cujo conteúdo se preenche, a cada vez, conforme os interesses protegidos lesados²⁰. Em consequência, propicia uma progressiva ampliação de danos ressarcíveis a exigir uma seleção de interesses passíveis de tutela.

Como ressaltado em doutrina, essas mudanças, associadas ao acelerado desenvolvimento tecnológico, levaram “ao surgimento de formidável tipologia de novos danos, na esteira do incremento de riscos e do potencial danoso trazido pelas novas invenções. Não parece exagerada, neste cenário, a alusão à era dos danos” (Pereira, 2018, p.54), notadamente extrapatrimoniais²¹. Em relação ao tratamento

²⁰ “A injustiça do dano é entendida como uma cláusula geral com base na qual se selecionam as hipóteses de dano ressarcível, de maneira que é injusto o dano que determine uma lesão não somente a direitos subjetivos, mas também de interesses que o ordenamento leva em consideração sob vários perfis. Isso não significa a indiscriminada ressarcibilidade dos interesses legítimos” (Perlingieri, 2008, p. 679, nota 51). Segundo Schreiber (2007, p.148), a noção de dano, “entendida como lesão a interesse merecedor de tutela, converte-se, a partir da libertação das amarras do direito subjetivo, em uma cláusula geral de impressionante amplitude”.

²¹ Numa descrição ilustrativa sobre a expansão dos novos danos ressarcíveis, Schreiber (2007, p.87-94) aponta: dano à vida de relação, dano sexual, por nascimento indesejado, dano de férias arruinadas, danos à serenidade pessoal, à tranquilidade doméstica, dano de *mobbing* (assédio moral), dano de processo lento, *bullying*, rompimento de noivado, separação após notícia de gravidez etc. O autor ainda esclarece que “uma análise cuidadosa revela, contudo, que algumas novas espécies de dano correspondem, a rigor, não a novos danos, mas simplesmente a novas situações de risco ou a novos meios lesivos, cujo incremento é, de fato, inevitável no avançar do tempo. (...) Em outros tantos casos, ao contrário, o que se tem é efetivamente um novo dano, isto é, um novo interesse, que passa a ser reconhecido como merecedor de tutela pelo Poder Judiciário na análise de lesões concretas. Assim, as decisões que invocam danos à serenidade da pessoa, à tranquilidade doméstica, à vida sexual, aludem, todas, a interesses que, até muito recentemente, não se cogitava como bens jurídicos tuteláveis pela via ressarcitória” (p.94).

dispensado à reparação civil do dano moral, observa-se que ainda persistem, entre outras, noções inapropriadas sobre o tema, uma inadequada associação do dano moral a elementos subjetivos como sentimentos de dor, vexame, frustração, humilhação, tristeza, que não servem para qualificá-lo como tal. Isso acaba gerando confusões em relação à própria identificação do interesse lesado protegido, o dano em si, ou seja, a concreta lesão a interesse não patrimonial, diante da exigência, em certos casos, de demonstração de “prejuízo econômico ou emocional” para caracterizar o dano moral.

A afirmação da responsabilidade civil na esteira funcional à tutela da pessoa e concreção de seus direitos fundamentais foi impulsionada pela Constituição Federal de 1988 ao dispensar proteção privilegiada à dignidade da pessoa humana, o que permitiu um aumento das situações de responsabilidade civil então considerada como instrumento hábil à proteção de valores existenciais.

Ressalta-se aqui o problema do dano decorrente do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, dito de “violação à privacidade” (Moraes, 2019, p.2). Como visto, os riscos de produção de dano no mundo digital em que se vive hoje, com a intensa circulação de dados pessoais, apresentam-se como caminho sem indicações de reversão. Destacam-se os incidentes de segurança, ou “vazamento” de dados, como comumente se refere, e também inúmeras outras potencialidades danosas aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas²², tendo em vista a própria opacidade em relação aos dados pessoais que estão sendo tratados. Daí a amplitude da noção de dano contemplada pela LGPD ao se referir a dano material, moral, individual ou coletivo. Portanto, todo e qualquer dano que resultar da

²² A LGPD, em que pese conceitual, não trouxe em dispositivo específico conceito de incidente de insegurança. Mas importantes indicações aparecem no art. 45, art. 48, e §7º do art. 52. Acerca disso, a Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais esclarece que “um incidente de segurança com dados pessoais é qualquer evento adverso confirmado, relacionado à violação na segurança de dados pessoais, tais como acesso não autorizado, acidental ou ilícito que resulte na destruição, perda, alteração, vazamento ou ainda, qualquer forma de tratamento de dados inadequada ou ilícita, que possam ocasionar risco para os direitos e liberdades do titular dos dados pessoais”. Nota-se que vazamento é termo que deve ser compreendido dentro da noção mais ampla de incidente de segurança, uma vez que pode se referir a uma conduta que tenha contribuído para o incidente. Sobre o tema, o Regulamento europeu em seu art. 4º, nº 12 conceitua: “‘Violação de dados pessoais’, uma violação da segurança que provoque, de modo acidental ou ilícito, a destruição, a perda, a alteração, a divulgação ou o acesso, não autorizados, a dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento”.

atividade de tratamento de dados autoriza sua incidência e obriga os agentes de tratamento a repará-lo, seja em âmbito individual, seja coletivo²³⁻²⁴.

Em relação às vítimas de danos decorrentes do processamento de dados, referem-se ao titular de dados e outras pessoas que eventualmente o fato danoso possa atingir, como denota-se do termo, mais genérico e abrangente, “outrem” utilizado no *caput* do art. 42. A parte lesada pode ser “qualquer pessoa que sofra um dano resultado de uma violação da LGPD, até mesmo uma pessoa jurídica que considere que o processamento ilegal de dados relativos aos seus funcionários ou feito por um concorrente cause-lhe danos” (Moraes, 2019, p.2).

Considerada a noção tradicional de dano, Aguiar Dias (2006, p.969) sublinhou que “o dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia”. Se a responsabilidade se centra na eficaz reparação do dano, é certo que as transformações do instituto impuseram a revisão do próprio conceito de dano, com repercussões também no âmbito patrimonial, mas sobretudo em relação aos danos extrapatrimoniais na medida do reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses jurídicos existenciais da pessoa humana²⁵. Assim, como já se salientou em doutrina, “é no campo do elemento ‘dano’ que se situa a problemática mais polêmica da responsabilidade civil” (Pereira, 2018, p.76).

Nesse sentido, destaca-se a discussão sobre a identificação do dano na LGPD, especificamente, e sem negar a importância dos danos patrimoniais, em relação ao dano moral. Uma das questões diz respeito a certa dificuldade em qualificar adequadamente o dano pelo vazamento de informações pessoais, se, por

²³ O Regulamento europeu, no artigo 82, menciona expressamente os danos materiais e morais; a diretriz para interpretação consta no considerando nº 146. Ver também o art. 83 do regulamento.

²⁴ LGPD, Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. (...) § 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do *caput* deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente. [...] Art. 22. A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva.

²⁵ “Se já no âmbito patrimonial a identificação do dano como um decréscimo matemático gerava desconforto, seus inconvenientes foram muito mais sentidos no âmbito extrapatrimonial” (Schreiber, 2007, p.98). Daí o autor pontua que compreender o dano como lesão a interesse juridicamente tutelado põe em evidência o objeto da lesão, que se verifica no interesse da vítima concretamente lesionado. Assim, pode-se concluir pelo merecimento de tutela ou não e, com isso, possibilitar circunscrever os danos qualificadamente ressarcíveis (p.102).

exemplo, em virtude de vazamento de dados, ou outra situação danosa envolvendo dados pessoais, o dano é “*in re ipsa*”, ou se faz necessária a prova de um “dano concreto”. No caso de incidentes de segurança, resta saber se, ainda que não se comprove se o dado pessoal apreendido por hackeamento foi objeto de uso fraudulento por terceiros, já configura um dano ou não. Também resta identificar se qualquer tratamento de dados, a exemplo do direito à imagem, que se realize sem a obtenção do consentimento do titular, quando este consentimento for necessário, por si só, já se configura um dano a ser devidamente compensado. A pretensão aqui não é obter respostas para essas questões, mas observar, em passagem ilustrativa, os rumos que tomam especialmente decisões sobre o assunto.

Antes, é de suma importância considerar que se trata de dano moral ou dano à pessoa humana e que, por isso, o melhor entendimento é o que vem defendendo Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.165), presente estará o dano moral quando houver “lesão à dignidade da pessoa humana – em seus substratos, isto é, a liberdade, a igualdade, a integridade psicofísica e a solidariedade -, que pode a ele dar ensejo”²⁶. Assim, pontua:

(...) toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão a algum ‘direito subjetivo’ da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um ‘interesse não patrimonial’) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela, será suficiente para garantir a reparação. (...) De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade em seus substratos materiais, já identificados (...), no plano extrapatrimonial em sentido estrito” (Moraes, 2003, p. 188-189).

Entendendo-se dessa maneira, é preciso abandonar de vez a perspectiva subjetiva, que associa o dano moral às repercussões psíquicas da lesão sobre a vítima. Em que pese a importância desses sentimentos, dor, humilhação, diminuição da estima, angústia, sensações de vexame, constrangimento e outros adjetivos frequentes na jurisprudência e doutrina não servem para caracterizar o dano moral,

²⁶ Sobre o tema, para maior aprofundamento indispensável à leitura da obra da autora: Moraes, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**, op. cit.

como visto em explicação anterior. Eles podem ser considerados, se for o caso, na quantificação da indenização, uma vez que é necessário compensar integralmente a vítima em toda a extensão do dano injustamente sofrido. Significa dizer que o que importa é a identificação de lesão a interesses extrapatrimoniais, que se verifica no momento em que o interesse é concretamente afetado (Schreiber, 2007, p.126). Assim, não há que correlacionar o dano moral a algum prejuízo, o qual deve ser apreendido objetivamente com a simples ofensa a interesse jurídico protegido atinente a aspectos existenciais da pessoa da vítima.

A despeito do delineado, afirma-se em doutrina que a jurisprudência, ao se utilizar do recurso ao dano *in re ipsa*, o faz como forma de facilitar a compensação à vítima, dispensando, em algumas situações, a demonstração do dano moral, porque, em verdade, toma o dano moral em sua concepção subjetiva, atribuindo relevância aos elementos subjetivos consequentes à lesão. Ao passo que, compreendendo o dano moral em sua concepção objetiva, pode-se, em certo sentido, considerar que todo dano moral é *in re ipsa*, porque é necessária a prova do evento danoso em si, qualificando-o como dano concretamente ressarcível, considerando eventual consequência para fins de liquidação (Oliva, 2014, p.4)²⁷.

Como visto no capítulo anterior, o sistema de responsabilidade civil da LGPD, de modo similar ao Regulamento europeu, estabelece que o dano passível de ser indenizado deve resultar do tratamento de dados que violar a legislação de proteção dos dados por parte dos sujeitos responsáveis, que são o controlador e o operador. Estes podem responder solidariamente, ficando, então, obrigados a reparar à parte lesada²⁸.

²⁷ Sobre o tema, conforme Moraes, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais, op. cit., especialmente, p. 158-161, e cap.5. A autora conclui sobre a prova do dano que, “no entendimento atual, foi pacificado no sentido de ser o dano moral *in re ipsa*, independentemente de comprovação do prejuízo sofrido. Porém, a tal parcela poderá ser acrescida uma outra, que dirá respeito às condições pessoais da vítima, como meio de se alcançar a reparação integral” (p.333). Sob outra ótica de análise, mas não necessariamente antagônica, conforme Schreiber, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros tradicionais da reparação à diluição dos danos, op. cit., especialmente, p. 191-196.

²⁸ Em indicação ilustrativa de situações de violação à legislação de proteção de dados, conforme considerando nº 75 do RGPD: “O risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, poderá resultar de operações de tratamento de dados pessoais suscetíveis de causar danos físicos, materiais ou imateriais, em especial quando o tratamento possa dar origem à discriminação, à usurpação ou roubo da identidade, a perdas financeiras, prejuízos para a reputação, perdas de confidencialidade de dados pessoais protegidos por sigilo profissional, à inversão não autorizada da pseudonimização, ou a quaisquer outros prejuízos importantes de natureza econômica ou social; quando os titulares dos dados possam ficar

Sobre essas noções, digna de menção pela atenção e repercussão que gerou entre os especialistas na matéria, cita-se uma primeira decisão proferida, depois da entrada em vigor da LGPD, em processo que tramitou na 4ª vara cível da comarca de Osasco/SP²⁹. A autora da ação ingressou com pedido de obrigação de fazer cumulado com dano moral em face da concessionária de energia elétrica Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo, em virtude de vazamento de dados pela demanda. Em decorrência disso, passou a receber ligações de telemarketing e mensagens indesejadas por *e-mail* e telefone. O magistrado sentenciante julgou improcedente os pedidos, apesar de reconhecer a falha na prestação do serviço pela empresa demandada que permitiu o vazamento de dados pessoais – nome, número do CPF, telefones fixo e celular, endereço eletrônico, carga instalada no imóvel e consumo estimado, tipo de instalação, leitura e endereço residencial – entendendo que a violação dos referidos dados, por si só, não importa ofensa a direito da personalidade a dar ensejo a reparação por dano moral, ante a ausência de demonstração de prejuízo, como a utilização fraudulenta de tais dados por terceiros, ou a exposição a uma situação constrangedora ou vexatória.

No que diz respeito aos dados pessoais acessados, considerou não tratar de dados sensíveis e assim “não acobertados por sigilo”, sendo a maioria tidos como simples dados cadastrais rotineiramente utilizados nas mais diversas situações do cotidiano, caracterizando a situação como mero aborrecimento. Referida decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que nada acrescentou aos fundamentos da sentença³⁰.

privados dos seus direitos e liberdades ou impedidos do exercício do controlo sobre os respetivos dados pessoais; quando forem tratados dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas e a filiação sindical, bem como dados genéticos ou dados relativos à saúde ou à vida sexual ou a condenações penais e infrações ou medidas de segurança conexas; quando forem avaliados aspetos de natureza pessoal, em particular análises ou previsões de aspetos que digam respeito ao desempenho no trabalho, à situação económica, à saúde, às preferências ou interesses pessoais, à fiabilidade ou comportamento e à localização ou às deslocações das pessoas, a fim de definir ou fazer uso de perfis; quando forem tratados dados relativos a pessoas singulares vulneráveis, em particular crianças; ou quando o tratamento incidir sobre uma grande quantidade de dados pessoais e afetar um grande número de titulares de dados”. Importante considerar também os exemplos do considerando n. 85.

²⁹ TJSP. Apelação Cível 1025226-41.2020.26.0405, da comarca de Osasco, 2ª vara cível, juiz Mário Sérgio Leite. Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa. Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 10/09/2021.

³⁰ Conforme ementa do acórdão: RESPONSABILIDADE CIVIL. Ação de obrigação de fazer e indenização por danos morais. Alegação da autora de que teve seus dados pessoais vazados pela empresa ré. Consideração de que inexistente prova cabal das consequências danosas do vazamento de

Em outra decisão desse Tribunal, sobre o mesmo vazamento de dados pessoais, envolvendo a concessionária de energia elétrica Eletropaulo, a Câmara julgadora reconheceu a violação cometida pela concessionária no vazamento dos dados pessoais do autor da ação, quais sejam: nome completo, data de nascimento, CPF, RG, endereço de *e-mail* e telefone fixo e celular, e asseverou que esses dados "dizem respeito a informações essencialmente públicas ou de fácil acesso a terceiros", não se tratando de dados sensíveis. Não reconheceu no caso os danos morais pleiteados, por entender que não houve lesão à dignidade em seus substratos. A decisão apontou que o vazamento de dados daria ensejo a danos morais, inclusive *in re ipsa*, se se tratasse de dados sensíveis. A decisão fala em responsabilidade proativa ou ativa na LGPD, citando doutrina renomada, e na responsabilidade objetiva do CDC.

Ao final, condena a demandada Eletropaulo na obrigação de fazer, no sentido de fornecer ao autor declaração com informações sobre seus dados compartilhados com entidades pública e privada (art. 18, VII da LGPD) e ainda declaração sobre a origem dos dados, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, bem cópia de todos os dados do titular constante nos bancos de dados da ré (art. 19, II da LGPD)³¹.

seus dados. Hipótese em que a falta de comprovação cabal da verificação concreta de consequências danosas, em virtude do vazamento de dados pessoais, importa na conclusão de que a postulação deduzida pela autora está lastreada em meros danos hipotéticos, ou seja, à possibilidade da ocorrência de fatos lesivos, à expectativa de prejuízo potencial, em decorrência de suposto receio de uso futuro e incerto dos seus dados em eventuais fraudes no comércio, o que só poderia mesmo ter resultado no decreto de improcedência do pedido inicial. Postulação deduzida pela autora baseada em mera possibilidade da ocorrência de dano. Danos morais não caracterizados. Pedido inicial julgado improcedente. Sentença mantida (RI, 252). Recurso improvido. Dispositivo: negaram provimento ao recurso. (TJSP. Apelação Cível nº 1025226-41.2020.26.0405. Rel. João Camillo de Almeida Prado Costa. Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 10.09.2021)

³¹ A ementa: LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COM PRECEITOS CONDENATÓRIOS. Sentença de improcedência dos pedidos. Recurso de apelação do autor. Vazamento de pessoais não sensíveis do autor (nome completo, números de RG e CPF, endereço de e-mail e telefone), sob responsabilidade da ré. LGPD. Responsabilidade civil ativa ou proativa. Doutrina. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade civil objetiva. Ausência de provas, todavia, de violação à dignidade humana do autor e seus substratos, isto é, liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica. Autor que não demonstrou, a partir do exame do caso concreto, que, da violação a seus dados pessoais, a ocorrência de danos morais. Dados que não são sensíveis e são de fácil acesso a qualquer pessoa. Precedentes. Ampla divulgação da violação já realizada. Recolhimento dos dados. Inviabilidade, considerando-se a ausência de finalização das investigações. Pedidos julgados parcialmente procedentes, todavia, com o reconhecimento da ocorrência de vazamento dos dados pessoais não sensíveis do autor e condenando-se a ré na apresentação de informação das entidades públicas e privadas com as quais realizou o uso compartilhado dos dados, fornecendo declaração completa que indique sua

Por outro lado, em ação movida por consumidora idosa, o Tribunal de São Paulo, reformando sentença de improcedência, entendeu pela responsabilização da Eletropaulo “pelos prejuízos em potencial a que está a demandante exposta. Vislumbra, pois, mais que meros dissabores, acrescentando-se que danos morais prescindem de comprovação” (São Paulo, 2021)³².

Em outra decisão amplamente divulgada e comentada, no caso Cyrela, a justiça de primeiro grau, baseando-se no Código de Defesa do Consumidor e na LGPD, julgou procedente o pedido do autor da ação que teve seus dados fornecidos em contrato para aquisição de imóvel com a demandada, transmitidos a outras empresas do ramo. No entender do magistrado, restaram configurados os danos morais a partir da lesão concreta a direito fundamental do titular dos dados, decorrente “do próprio ilícito (dano *in re ipsa*)”, uma vez que “os dados – independentemente de sensíveis ou pessoais (art. 5º, I e II, LGPD) – foram tratados em violação aos fundamentos de sua proteção (art. 2º, LGPD) e à finalidade específica, explícita e informada ao seu titular (art. 6º, I, LGPD)”. Contudo, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão entendendo primeiramente pela não aplicação da LGPD, que não estava em vigor à época dos fatos; ausência dos pressupostos da responsabilidade civil, não se podendo falar em condenação com base em mera suposição de dano, uma vez que as ligações, mensagens e e-

origem, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, assim como a cópia exata de todos os dados referentes ao titular constantes em seus bancos de dados, conforme o art. 19, II, da LGPD. Determinação para envio de cópia dos autos à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (art. 55-A da LGPD). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP, Apelação Cível nº 1008308-35.2020.8.26.0704. Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado. Rel. Alfredo Attié. Data do julgamento: 16.11.2021). No mesmo sentido: Apelação. Responsabilidade civil. Prestação de serviços. Energia elétrica. Vazamento de dados do sistema da prestadora do serviço. Ação de reparação por danos morais. Sentença de improcedência. Invasão de sistema da concessionária. Responsabilidade objetiva da empresa no tratamento de dados (art. 42 da LGPD). Falha na prestação de serviços (art. 14 do CDC). Dados que não se relacionam à intimidade e não envolve dado pessoal sensível (art. 5º, II, da LGPD). Dados básicos informados com frequência em diversas situações, muitos constantes em simples folha de cheque. Ausente utilização dos dados vazados e efetivo dano. Impossibilidade de indenizar expectativa de dano. Sentença mantida. Honorários majorados. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP, Apelação Cível nº 1024481-61.2020.8.26.0405. Rel. L. G. Costa Wagner. Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 23/08/2021)

³² TJSP, Apelação Cível nº 1003203-67.2021.8.26.0405. Rel. Campos Petroni. Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 29/06/2021. Na decisão constou: “Deve-se destacar que a autora é pessoa idosa (nascida em 1941), e, por sua vulnerabilidade, ficando mais suscetível a eventual golpe”. Reconhecendo o dano moral *in re ipsa*, mas afastando o nexo causal em virtude de ação de hacker: TJSP. Recurso Inominado nº 1002694-39.2021.8.26.0405. Órgão Julgador: 2ª Turma Cível do Colégio Recursal – Osasco. Rel. André Luiz Tomasi de Queiroz. Data do julgamento: 25.06.2021.

mails recebidos pelo autor não romperam “seu equilíbrio psicológico”, não passando de mero aborrecimento a que todas as pessoas estão sujeitas a enfrentar nas sociedades tecnológicas e massificadas³³.

Com essa passagem ilustrativa, ainda não é possível vislumbrar em casos envolvendo incidentes de segurança ou uso indevido de dados pessoais entendimento unívoco pelo reconhecimento de dano moral apreendido objetivamente a partir da concreta violação dos dados pessoais, ou verificados “*in re ipsa*” talvez porque a LGPD se encontra em vigor há pouco tempo, mas também, como visto, põe em evidência o debate envolvendo noções fundamentais acerca da conceituação, valoração e compensação em matéria de dano moral. De toda forma, torna-se importante ressaltar que, embora seja mais fácil identificar o dano com o uso fraudulento por terceiros dos dados pessoais, não se pode olvidar as inúmeras outras situações potencialmente danosas aos direitos e liberdades da parte lesada.

De outra parte, no que diz respeito aos dados pessoais e dados pessoais sensíveis, para fins de responsabilização, a LGPD não apresenta disciplina diferenciada, apesar de dispensar normativa mais rigorosa quanto ao tratamento de dados sensíveis. É cediço que o tratamento de dado assim não qualificado pode revelar informações sensíveis e gerar discriminação e desigualdades, de modo que nome, endereço, número de CPF, número de identidade, data de nascimento não são dados irrelevantes, cujo tratamento não pode mais ser banalizado, sob pena de restar esvaziada a autodeterminação informativa, na esteira da Lei Geral de Proteção de Dados, que não pode ser invocada como mero reforço nas decisões judiciais de normativa esparsa existente de aspectos da proteção de dados³⁴.

Ademais, é preciso ter em conta que o tratamento de dados, ainda que regular, não transfere aos agentes a titularidade dos dados, aqui, o titular é a pessoa humana, de modo que dados pessoais atinem a aspectos da personalidade humana, e o seu tratamento pode potencialmente violar direitos fundamentais³⁵.

³³ TJS, Apelação Cível nº 1080233-94.2019.8.26.0100. Rel. Maria do Carmo Honório. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 24/08/2021.

³⁴ Importante pesquisa sobre decisões judiciais, ver Painel LGPD nos Tribunais. Jurisprudência do 1º ano da Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <https://bettencourt.jusbrasil.com.br/noticias/1300337287/painel-lgpd-nos-tribunais>. Acesso em: 13 de nov. 2021.

³⁵ LGPD, Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei. Ademais, mesmo na hipótese do §4º do art. 7º, deverão ser resguardados os direitos do titular e

Ao analisar o parágrafo primeiro do artigo 11 da LGPD³⁶ e o elemento danoso, especializada doutrina sustenta que:

Mais correto seria, portanto, interpretar o parágrafo primeiro do artigo 11, considerando que a menção a dano ali prevista complementa o entendimento de que o tratamento de dados pessoais sensíveis gerará sempre danos de natureza personalíssima por violação os direitos de privacidade, liberdade ou identidade, fundamentos da proteção de dados. Portanto, opina-se no sentido de que toda a vez que houver tratamento de dados pessoais sensíveis realizado fora das hipóteses previstas no artigo 11, I e II, da LGPD, haverá dano presumido por violação dos direitos fundamentais acima elencados. O dano seria, assim, *in re ipsa*, configurado pelo mero tratamento irregular ou inadequado, sem a necessidade de provar-se a existência de outras consequências jurídicas, tais como um desvalor patrimonial (Mulholland, 2020, p.117)³⁷.

Com isso, estende-se a interpretação, levando em conta o escopo de tutela da lei, a noção ampla de dado pessoal nela contemplada e considerando o dano moral assim caracterizado, independentemente da demonstração de prejuízo, na medida em que dado pessoal diz respeito a manifestações da personalidade humana e, como já visto, a proteção tem estatura de direito fundamental. Isso reforça o entendimento de que “o dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade” (Moraes, 2003, p.132).

Na perspectiva civil-constitucional, sabe-se que, por meio da cláusula geral de tutela da personalidade, impõe-se tutela prioritária e especial às situações jurídicas existenciais pelo ordenamento, devendo-se, nessa medida, tanto ressarcir como prevenir da forma mais integral possível os danos causados ao corpo físico e ao corpo eletrônico, sobretudo quando em presença de danos à pessoa humana. Isso porque, como ensina Rodotà (2004, p.106), “a unidade da pessoa somente pode ser

os princípios previstos na própria lei: “§ 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei”.

³⁶ LGPD, art. 11 (...) § 1º Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvado o disposto em legislação específica.

³⁷ Sobre o ponto Caitlin Mulholland ainda destaca a Súmula 403 (28.10.2009): “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”, para mostrar que o entendimento consolidado na súmula, sugere “que só divulgação da imagem, sem consentimento da pessoa retratada, já configuraria, por si só, um dano de natureza extrapatrimonial” (p.117, nota 22). Acrescenta-se a esta linha de raciocínio, a Súmula 532 (03.06.2015) também do Superior Tribunal de Justiça que expõe que “constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa”.

reconstituída estendendo ao corpo eletrônico o sistema de garantias elaborado para o corpo físico”, numa tutela abrangente a todos os aspectos da dignidade.

Nesse cenário, aspecto relevante concerne à proteção coletiva dos dados em certas situações às quais a tutela individual se mostrar ineficiente à adequada e efetiva tutela do direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Assim, registra-se, sem adentrar em questões processuais, que o tratamento de dados alcança, em grande medida, informações referentes a inúmeras pessoas. Nessa medida, eventuais ofensas configuram danos que atingem diversas vítimas, ou grupos, lesionando direitos e liberdades fundamentais das pessoas e interesses compartilhados, o que faz com que muitos casos examinados concretamente sejam melhor resolvidos por meio da tutela coletiva. Atentando-se a isso, como já mencionado, a LGPD, remetendo-se à legislação pertinente sobre o tema (art. 22), e aqui, apontam-se especialmente as normas de processo coletivo no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública, indicou explicitamente a tutela coletiva dos direitos dos titulares dos dados³⁸⁻³⁹, inclusive reparação de danos coletivos (art. 42, *caput*)⁴⁰, denotando-se daí a perspectiva solidarista da responsabilidade civil.

³⁸ Esclarece a doutrina que: “do ponto de vista processual, a espécie de interesse defendido na ação (difuso, coletivo ou individual homogêneo) decorre diretamente dos contornos do pedido e da causa de pedir, os quais apontam a modalidade específica de tutela jurisdicional (fazer, não fazer, indenizar) e os respectivos beneficiários (atuais e potenciais)” (BESSA & NUNES, 2020, p.679).

³⁹ Registra-se, ilustrativamente, a decisão proferida na Ação Civil Pública Cível nº 1090663-42.2018.8.26.0100 ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) em face da empresa Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo S.A. (Via Quatro), que proibiu a coleta e tratamento de imagens e dados biométricos tomados, sem prévio consentimento, de usuários das linhas de metrô operadas pela concessionária ré e determinou o pagamento de cem mil reais a título de danos morais coletivos, conforme TJSP, Ação Civil Pública nº 1090663-42.2018.8.26.0100. Juíza: Patrícia Martins Conceição; 37ª vara cível do foro central da comarca de São Paulo. Data da sentença: 07.05.2021. A concessionária havia instalado câmeras para detecção da imagem facial dos usuários, a fim de coletar e reconhecer informações como gênero, faixa etária, emoções e reações faciais diante de exibição de anúncios publicitários veiculadas no equipamento instalado. A decisão foi fundamentada na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais aludindo ao objetivo da lei, a categorização dos dados, na hipótese concreta apresentada, como dados sensíveis, ausência de conhecimento e consentimento por parte dos usuários, e aos princípios da proteção de dados. Em verdade não havia base justificativa para a coleta e tratamento das imagens que tinha por propósito fins publicitários, comerciais. O processo encontra-se em grau de recurso.

⁴⁰ Conforme jurisprudência em Teses do STJ, edição nº 125 de 17 de maio de 2019, tese nº 2: “O dano moral coletivo, aferível *in re ipsa*, é categoria autônoma de dano relacionado à violação injusta e intolerável de valores fundamentais da coletividade”. Também é entendimento consolidado pelo STJ que se trata de responsabilidade objetiva: “[...] 5. Os danos morais coletivos configuram-se na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, a qual dispensa a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo, o que é justificado pelo fenômeno da socialização e coletivização dos direitos, típicos

Por fim, segundo especializada doutrina, o endereçamento da regra da responsabilidade civil do Regulamento europeu de proteção de dados também tem suscitado reflexões tendo em vista que os pressupostos não são tão claros, apesar de o Regulamento dispor de considerandos que auxiliam na interpretação da normativa de proteção de dados, temas como indenização de dano imaterial por violação à legislação de proteção de dados (Menke, 2021).

Analisando caso julgado na Alemanha, envolvendo pretensão indenizatória, Fabiano Menke (2021, p. 2) observa as dificuldades de acionamento das regras de responsabilidade civil na proteção de dados quando em presença de violação da legislação que podem parecer menos relevantes, como, por exemplo, envio de mensagem publicitária por agente de tratamento de dados ao titular sem seu consentimento, ou outra base legal justificativa, sem qualquer atenção às regras de proteção de dados⁴¹. Nesse sentido, o autor considera importante para uma efetiva proteção dos dados pessoais nessas situações a atuação das autoridades de proteção de dados na aplicação das sanções adequadas, como também a tutela coletiva.

Nesse sentido, faz-se urgente a construção de uma cultura de respeito ao direito fundamental à proteção de dados, porque é preciso promover o tratamento com o nível mais elevado de segurança, buscando-se sempre minimizar os riscos de violação à privacidade do titular do dado, deixando à reparação papel

das lides de massa. 6. Ademais, os danos morais coletivos têm como função a repressão e a prevenção à prática de condutas lesivas à sociedade, além de representarem uma forma de reverter a vantagem econômica obtida individualmente pelo causador do dano em benefício de toda a coletividade [...]” (STJ, REsp 1655731/SC, Rel. Min. Nancy Andrigui, Terceira Turma, j. em 14/05/2019).

⁴¹ O autor comenta caso julgado na Alemanha pela primeira instância da jurisdição de Goslar - AG Goslar (28. Câmara Cível, Sentença de 27.09.2019 - 28 C 7/19) - em que o titular dos dados ajuizou ação postulando reparação por danos imateriais sob o argumento de tratamento ilícito de seu dado pessoal por ter recebido na sua caixa de *e-mail* profissional uma mensagem publicitária sem seu consentimento; além do pedido de indenização a ser paga pelo réu, formulou pedido de cessação de envio de mensagens publicitárias e fornecimento de informação sobre registro de seus dados pessoais mantidos pelo réu em seus registros. A pretensão indenizatória foi julgada improcedente, mesmo reconhecendo o tratamento indevido dos dados pessoais com o acolhimento dos demais pedidos. Mesmo diante da regra de responsabilidade civil do artigo 82 do RGPD, a decisão entendeu que, no caso, não houve dano. Considerou que, no direito alemão, a lesão a direito da personalidade nem sempre leva à obrigação de indenizar. Além disso, o envio foi de apenas uma mensagem publicitária e que permitia ao destinatário perceber isso sem necessidade de se ocupar com a visualização do *e-mail*. O caso gerou desdobramentos perante o Tribunal Constitucional alemão que considerou a falta de pronunciamento pelo Tribunal de Justiça da União europeia e a falta de pronunciamento doutrinário consistente acerca do critério da relevância dos danos que levou ao desfecho havido.

subsidiário. Cabe ressaltar que a responsabilização fundada nos valores solidaristas e de justiça sobre os quais se assenta o ordenamento democrático se realiza de diversas maneiras (por isso, aliás, se fala em função preventiva, punitiva, precaucional), todas necessárias para assegurar efetiva proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, notadamente em matéria de privacidade e de proteção de dados pessoais.

De modo que a solidariedade social, para além de atuar na delimitação dos contornos do dano indenizável, concretiza-se na responsabilização ampla dos tratadores de dados no que tange à implementação de medidas que possam evitar as situações danosas produzidas, uma vez que apresentam a melhor condição ou posição de evitar o dano (Mulholland, 2009, p. 80), sobretudo em matéria de danos à pessoa. Aplica-se a solidariedade social aos pressupostos do dever de indenizar a fim de eliminar previamente os riscos de lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana.

3.3. Sobre fatores de atribuição de responsabilidade

Os danos eventualmente causados em virtude de ato ou atividade serão imputados a determinado sujeito, impondo a obrigação de repará-los. Imputar⁴², atribuir a responsabilidade por um evento danoso a um sujeito determinado, diz respeito à justificativa normativa para atribuir a responsabilidade de indenizar, no sentido de verificar por que responde por determinado dano, ou que fator de atribuição de responsabilidade considerar.

⁴² Nos desenvolvimentos da responsabilidade civil, a imputabilidade desatrelou-se da culpa e de consequência da causa da responsabilidade civil pelo ato ilícito, de modo que sua utilização nos dias de hoje “diz respeito à atribuição de responsabilidade pelo dano, independentemente de ter havido culpa ou participação do evento (exemplo, empregador pelo fato danoso do empregado). (...) Deslocou-se da causa do dano para os efeitos do dano, máxime com o crescimento das hipóteses de responsabilidade que tem na origem atos ou atividades lícitas” (Lôbo Neto, 2010, p.18). No mesmo sentido, conforme Mulholland (2009, p.16): “A utilização da expressão *imputação* deve ser relativizada em relação aos objetivos da responsabilidade civil contemporânea. Tradicionalmente, imputar significa considerar uma determinada conduta faltosa quando confrontada com uma obrigação ou proibição que esta ação viola. Alia-se a esta noção a reprovabilidade moral da conduta, isto é, a capacidade originária de iniciativa pessoal e de reconhecimento da ilicitude da ação. Modernamente, por imputação entende-se a indicação de um responsável pela retribuição do dano”.

Nesse sentido, fator de atribuição é assim entendido:

(...) o fundamento da obrigação indenizatória que atribui juridicamente o dano a quem deve indenizá-lo. Diante de um dano injusto ocorrido, o fator de atribuição nos dará a última resposta acerca de quem e por que o deve suportar. Constitui a razão especial que estabelecerá a quem se deve impor as consequências do dano (Ferreira *apud* Fontes, André, 1999, p.211).

Dessa maneira, podem existir outros critérios de atribuição de responsabilidade diferentes dos mais gerais, culpa e risco⁴³, a exemplo do poder familiar no caso da responsabilidade dos pais, utilizado pelo fato danoso do empregado. De modo que, tais fatores estabelecem a ligação entre a responsabilidade e um interesse protegido juridicamente e determinam os regimes jurídicos da obrigação de indenizar que correspondem à responsabilidade subjetiva ou à responsabilidade independentemente de culpa (Martins-Costa, 2020, p.395)⁴⁴, que são variados.

A culpa, como se sabe, foi, durante muito tempo, o requisito básico, a razão justificativa ou fundamento único da responsabilidade civil⁴⁵. A responsabilidade civil subjetiva, portanto, baseada no pressuposto de imputação culposa, era a forma de determinar a obrigação de indenizar, que, além do dano e do nexo causal, fazia-se, então, necessária a prova da conduta culposa do agente ofensor para que a vítima pudesse obter a reparação civil do dano a que foi submetida. Reflete paradigma

⁴³ Conforme Fernando Noronha (1993, p.19), “o nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra. Em regra, o fundamento de tal imputação é uma atuação culposa: a violação do direito (antijuridicidade) é a imputada ao agente a título de dolo ou culpa (ato ilícito: cf., art. 159). Nestes casos, diz-se a responsabilidade é *subjetiva*. Noutros casos, muito numerosos mas sempre de natureza excepcional, o fundamento da imputação é diverso, é uma ideia de risco criado: quem exerce atividades que podem pôr em perigo pessoas e bens alheios, da mesma forma que auferir os benefícios, também deve suportar os prejuízos, independentemente de ter ou não agido com culpa. É para estas hipóteses que se fala em *responsabilidade objetiva* (...).

⁴⁴ Judith Martins-Costa (2020, p.394) refere-se a “fatores de imputação de responsabilidade como culpa, risco, defeito do produto”. “(...) Também ditos ‘nexos de imputação’ ou ‘fatores de atribuição’” (p.395, nota 26). Mulholland (2009) utiliza “fatores de atribuição de responsabilidade”, por exemplo, culpa e risco, como elementos que compõem a responsabilidade civil.

⁴⁵ Nas palavras de Maria Celina (2010, p.81-382), “sob a inspiração genérica de princípio elaborado no direito romano, consolidado no pelo direito canônico e com base na influência direta do Código Napoleão, o Código Civil de 1916 fundou seu sistema de responsabilidade civil na prática de um ato ilícito, isto é, numa cláusula geral cujo elemento nuclear se configurava na noção de culpa *lato sensu*. Para que surgisse o dever de indenizar, fazia-se imprescindível que houvesse culpa por parte do agente causador do prejuízo e que a vítima lograsse demonstrar tal comportamento. O princípio axiomático, isto é, moralmente universal, pois deduzido de uma razão ético-jurídica válida atemporalmente, correspondente à ideia de punição por um ilícito cometido”.

liberal, nitidamente individualista, que visa garantir amplo espaço de liberdade, que deveria ser rechaçada apenas diante do mau uso, isto é, quando exercida de maneira culposa, vale dizer, ilícita.

Com os desenvolvimentos da responsabilidade civil, que não mais podia ficar em compartimentos estreitos à própria noção de culpa, esta veio a ser alterada, relativizada, porque é equívoco pensar em “um conceito que seja válido para todos os quadrantes e tempos” (Calixto, 2008, p.7).

É nesse sentido que, a despeito das discussões que ainda pairam sobre esse elemento da responsabilidade civil, o movimento de objetivação do direito da responsabilidade civil passa pelo alargamento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva. Esta independe de culpa, isto é, da prática de ato ilícito, na medida em que a dispensa ou a supressão deste elemento decorre diretamente da aplicação do princípio da solidariedade constitucional diante de um contexto em que a existência de danos se tornava cada vez mais frequente e inevitável. Por mais cautelas que se adotassem no desenvolvimento de certas atividades e por mais diligentes que as pessoas possam ser, mais cedo ou mais tarde, danos injustos “devem acontecer” (Moraes, 2010, p. 390). Acresce nesse processo, no âmbito da própria responsabilidade civil subjetiva, a passagem da noção de culpa subjetiva ou psicológica para a de culpa objetiva ou normativa⁴⁶.

Sobre essa evolução⁴⁷, a doutrina aponta aqueles que enxergam a culpa como violação de um dever legal ou contratual preexistente, e, apesar de apresentar como vantagem a formulação de um conceito unitário de culpa, tem o inconveniente de não precisar o que seria o dever violado. Aqui a apreciação é realizada em

⁴⁶ “Desenvolveram-se, assim, a partir do final do século XIX e por todo o século XX, teorias de *objetivação da responsabilidade civil*, retirando-se da esfera individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada. Tal processo de objetivação não se limita ao crescimento paulatino das hipóteses legais de responsabilidade objetiva, indicando, também, mais recentemente, no âmbito da própria responsabilidade subjetiva, da concepção da culpa, vale dizer, da valoração do ato ilícito não a partir de elementos intencionais do agente, sendo com base em padrões de comportamento considerados razoáveis para o fato concreto –*standards* de conduta” (Tepedino, 2017, p. 304).

⁴⁷ Conforme salientado por Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p.39): “O Conceito de culpa também se encontra em estado de indefinição no atual direito da responsabilidade civil. Originalmente, culpa era apenas a atuação contrária ao direito, porque negligente, imprudente ou dolosa, que acarretasse danos aos direitos de outrem. Modernamente, todavia, diversos autores abandonaram esta conceituação, preferindo considerar a culpa o descumprimento de um *standard* de diligência razoável, diferenciando esta noção, dita ‘normativa’ ou ‘objetiva’ da outra, dita ‘psicológica’”. Sobre a concepção normativa de culpa e os padrões de conduta, conforme Moraes, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana, op., cit., especialmente, p. 209 a 2017.

concreto mais fiel a elementos subjetivos, a vontade livre e consciente do agente e a noção de previsibilidade do resultado. De outra parte, há aqueles que entendem ser a culpa um erro de conduta, fundada em elementos sociais, mais objetivos e que, se, por um lado, afasta a necessidade de precisar o dever jurídico violado, por outro, tem por desafio estabelecer o padrão de conduta – o *standard* - que deveria ter sido observado (Calixto, 2008, p.9-15)⁴⁸. Significa que a apreciação é um abstrato de um padrão objetivo ou normativo de conduta fixado para determinada situação específica, e, portanto, esperado, aceitável naquela sociedade. Trata-se esta última da concepção dita normativa de culpa. Segundo lição doutrinária,

A noção normativa de culpa, como inobservância de uma norma objetiva de conduta, praticamente substituiu a noção psicológica, com vistas a permitir que se apure o grau de reprovação social representado pelo comportamento concreto do ofensor, isto é, a correspondência, ou não, do fato a um padrão (*standard*) objetivo de adequação, sem que se dê relevância à sua boa ou má intenção. Neste sentido, a culpa continua a desempenhar um papel central na teoria do ilícito: a figura do ilícito permanece ancorada no fato ‘culposo’, o qual, porém, foi redefinido, através dessa concepção da culpa, como sendo um fato avaliado negativamente em relação a parâmetros objetivos de diligência. A culpa passou a representar a violação (*rectius*, o descumprimento) de um *standard* de conduta (Moraes, 2003, p.212).

Essa concepção normativa impõe a consideração de modelos ou padrões variáveis de conduta de acordo com a atividade desempenhada, significa, em outras palavras, considerar variados modelos de diligência fixados para determinada situação específica e que são apreendidos socialmente, o que torna mais fácil para a vítima fazer prova da não observância por determinada atividade dos padrões objetivos, ou normas estabelecidas para o seu exercício, a exemplo dos códigos de ética e disciplina entabulados para determinadas profissões.

Ainda no que respeita à noção de culpa normativa, Schreiber (2007, p.33-34) pontua:

⁴⁸ Para o autor, “é possível formular o conceito de culpa nos seguintes termos: *erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado que teria sido adotado pelo ser humano prudente nas circunstâncias o caso concreto*. (...) sendo considerada um erro de conduta, pode consistir em uma ação ou omissão que acarreta a violação do devido cuidado. Este cuidado é determinado *socialmente*, isto é, toma-se o padrão de conduta que determinada sociedade, em certo tempo, espera do *ser humano prudente*, e não do homem médio ou do bom pai de família, expressões dotadas de alguma vaguidade e de certo preconceito, podendo igualmente, importar em uma redução no patamar de cuidado esperado do agente” (Calixto, 2008, p.31-32).

A apreciação em abstrato do comportamento do agente, imune aos aspectos anímicos do sujeito, justifica a expressão *culpa objetiva*, sem confundi-la com a responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa. Para evitar confusões, contudo, parte da doutrina passou a reservar a tal concepção a denominação de *culpa normativa*, por fundar-se em juízo normativo entre a conduta concreta do sujeito e o modelo abstrato de comportamento. Seja qual for a terminologia empregada, a ideia de culpa como desnível de conduta, aferido em abstrato, afigura-se, hoje, como a mais amplamente aceita na maior parte dos ordenamentos jurídicos.

Nesse sentido, tal noção prescinde do exame de aspectos estritamente subjetivos do agente causador da dano no processo de avaliação do desvio de certo padrão objetivo de conduta estabelecido, tendo como referência o ser humano prudente, mas releva a consideração das circunstâncias do caso concreto para a aferição mediante o juízo de comparação⁴⁹. De toda forma, com esse conceito normativo de culpa, facilitou para a vítima a demonstração do comportamento lesivo culposos.

Contudo, como se sabe, a culpa consiste em um dos possíveis critérios de atribuição de responsabilidade, “em decorrência das mudanças sociais a exigir fatores objetivos próprios da socialização dos danos” (Fontes, p. 2014). Nesse sentido, a busca de critérios objetivos de imputação de responsabilidade que afastasse a culpa como único fato de atribuição de responsabilidade com a superação da tradicional responsabilidade civil⁵⁰. Nesse movimento de objetivação, visando conferir tutela efetiva das vítimas com a ampla reparação civil dos danos injustos nas sociedades tecnológicas, consolida-se um sistema dualista de

⁴⁹ Ainda Moraes (2037, p.213) esclarece: “Através da nova concepção, existirão tantos modelos de diligência quantos forem os tipos de conduta (profissional, desportiva, direção de veículo etc.) presentes no contato humano, de modo que os parâmetros, entre os tipos, serão variáveis (e diz-se que foram ‘subjetivados’ ou relativizados). Isto é o que permite que se estabeleçam padrões – *standards* - de conduta que exigirão do agente um comportamento judicioso, o qual variará em cada situação, consideradas sua profissão e demais circunstâncias pessoais”.

⁵⁰ “Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa, não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento mora, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou diligência para deslocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto exclusivo da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não inferior e subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da reponsabilidade são tão somente os problemas de reparação de perdas. O dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se focarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva” (Lima, 1998, p.115-116).

responsabilização que será subjetiva ou objetiva considerado o fator de atribuição da responsabilidade em face do fato causador do dano.

Assim, ao sistema da culpa começa a se somar a responsabilidade objetiva no contexto do desenvolvimento de atividades que, apesar de socialmente úteis e da adoção de cautelas, geravam danos, de modo que o legislador especial passa a intervir para regular os problemas que começam a surgir e não deixar a vítima desamparada sem a devida reparação civil em virtude da ocorrência de dano associado a um risco da atividade⁵¹.

Emerge paulatinamente um novo sistema de responsabilização fundamentado na teoria do risco, “segundo o qual quem exerce determinadas atividades deve ser responsável também pelos riscos, independentemente de quaisquer considerações em torno do seu comportamento pessoal” (Tepedino *et al.*, 2006, p.927). A reparação não deve decorrer da culpa, embora não se possa afirmar sua ausência absoluta, de fato, a vítima é dispensada de tal ônus, pois não há que perquirir acerca da intenção do agente, se agiu com boa ou má intenção, entre outros elementos subjetivos, simplesmente em prol de uma responsabilização pelas múltiplas atividades geradoras de danos injustos; uma responsabilidade por ato lícito e que por isso não deve ser atrelada à violação de deveres ou de conduta antissocial (Moraes, 2010, p.399)⁵².

Essa transformação da responsabilidade civil rumo à objetivação marca profundamente o direito civil, porque:

Ela traduz a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do Código Civil de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República e agora no Código de 2002, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se hoje se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento, e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado. (...) Afasta-se por igual da

⁵¹ Segundo Noronha (1998, p.22): “A preocupação essencial do primeiro princípio [da culpa] é com a posição do lesante (é justo que este repare os danos que causou, se poderia tê-los evitado), o segundo [do risco] olha basicamente o lesado (é justo que este veja reparados os danos que outrem lhe causou)”.

⁵² “Estrutura-se, paulatinamente, um sistema de responsabilidade civil que já não se sustenta mais pelos tradicionais pilares da antijuridicidade, da culpabilidade e do nexo de causalidade apenas. Organiza-se, já, um sistema que não recusa – como outrora se recusava, por absolutamente inaceitável – a existência de um *dano injusto*, por isso indenizável, decorrente de *conduta lícita*. Apresenta-se, nos dias de hoje, um sistema de responsabilidade civil que já não se estarece com a ocorrência de responsabilidade independentemente de culpa de quem quer que seja” (Hironaka, 2008, p.799).

ideologia liberal comprometida essencialmente com a a garantia da liberdade da iniciativa privada e com o desenvolvimento das atividades empresariais (Moraes, 2010, p.392).

A responsabilidade objetiva, então, ingressou no Direito brasileiro por meio da legislação extracodificada⁵³, mas, inobstante o aumento das hipóteses legais, era vista como exceção à regra da responsabilidade subjetiva, admitida, portanto, nos casos expressamente especificados pelo legislador especial. A Constituição Federal alterou profundamente a normativa ordinária e a leitura dos institutos civilísticos. Tratou no próprio texto constitucional de hipóteses de responsabilidade objetiva – como nas hipóteses de danos decorrentes das atividades da Administração Pública (art. 37, §6º), responsabilidade por danos nucleares (art. 21, XXIII, “d”), de condutas lesivas ao meio ambiente (art. 225, caput, V e VII e §3º) –, solidificando um sistema dualista de responsabilização civil⁵⁴, que revela “forte preocupação com a promoção de valores fundamentais através da responsabilidade civil (Martins; Marques, 2021, p.23).

O Código Civil de 2002, na esteira da anterior codificação, consagrou uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva, e além de hipóteses legais especificadas de responsabilidade independente de culpa, sobretudo uma série de situações antes vinculadas à culpa, consagrou uma cláusula geral de responsabilidade objetiva por danos decorrentes do risco da atividade, esta, recebida como uma das grandes novidades do “novo” Código em matéria de responsabilidade civil⁵⁵.

Com tal previsão, a responsabilidade civil objetiva perde de uma só vez a conotação que lhe era atribuída tradicionalmente de uma responsabilidade que se

⁵³ Como no campo dos acidentes nucleares, Lei n. 6.453/77; danos ambientais, Lei n. 6.938/81; do transporte aéreo, Lei n. 7.565/86.

⁵⁴ Nas palavras de Tepedino (2004, p.194), o constituinte se preocupou “em prever, ele próprio, certas hipóteses de responsabilidade objetiva e de seguro social (art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII, ‘c’ (*sic*); art. 37, §6º), bem como a cumulação dos danos morais e materiais (art. 5º, V, X), abrindo caminho para o trabalho do legislador infraconstitucional (basta pensar na Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor) e da jurisprudência (em sua importantíssima tarefa de definir os critérios de liquidação dos danos), no sentido de ampliar os confins da reparação civil e da repartição social dos danos”.

⁵⁵ Conforme Hironaka (2008, p.813): “A teoria do risco – que não anulou a teoria da culpa – mas convive com ela – cobre inúmeras circunstâncias geradas pela atividade desenvolvida pelo autor do dano, mas que, a par desta normalidade, representa, de alguma forma, risco para o direito de terceiros”.

configurava como exceção e mediante especificação expressa pelo legislador. Culpa e risco somam-se, e a reponsabilidade subjetiva passa a ser ao lado da responsabilidade objetiva, mais uma outra hipótese de se atribuir responsabilidade.

Sobre esse novo sistema de responsabilização objetiva, salienta atenta doutrina que:

Especialmente quanto à segunda modalidade, tem-se um conjunto de normas marcadamente multifacetado, pois são várias as regras de imputação, com suas respectivas condicionantes, de modo que não há propriamente um único regime de responsabilidade objetiva, mas diversos. Essa complexidade coloca, a vista da unidade do ordenamento, a necessidade tanto de compreender as razões de cada norma dentro do sistema jurídico como um todo quanto de empreender o diálogo das fontes (Salles, 2017, p. 262).

Com isso, quer-se dizer, como sublinha Salles (2017), que há diversos regimes de responsabilidade objetiva, ou independente de culpa, conforme os variados fatores objetivos de imputação da responsabilidade, portanto, nem todas as situações podem ser reconduzidas à noção de risco da atividade, tampouco propriamente no risco, de modo que a responsabilidade prevista no parágrafo único do artigo 927, embora se trate de uma cláusula geral, tem demarcado seu âmbito de aplicação. É nesse sentido que, na seara do Direito consumerista, a fundamentação normativa para a atribuição da responsabilidade pelo fato do serviço é o defeito, no caso dos pais, tutores e curadores em que não se pode invocar o risco como fator objetivo de atribuição da responsabilidade, e do mesmo modo a responsabilidade do empregador pelos atos culposos do empregado no exercício de sua função (Salles, 2017, p.266).

A par disso, acerca do “aspecto multifacetado” e do significado que se deve atribuir à responsabilidade civil objetiva na contemporaneidade, em doutrina, pontua-se que a verdadeira essência da reponsabilidade objetiva se revela:

(...) não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação, subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima – uma proposição, portanto, essencialmente negativa (Schreiber, 2007, p. 29).

Em complemento, Schreiber (2007, p.238) constata que “um exame abrangente das diversas hipóteses de responsabilidade objetiva existentes em cada ordenamento jurídico revela, em muitos deles, o seu destacamento da própria noção de risco e a sua afirmação como simples responsabilidade independente de culpa”.

Nessa linha de uma responsabilização solidarista, a despeito dos múltiplos fundamentos que podem ser invocados como fator de vinculação entre a obrigação de indenizar e o agente ou a atividade desenvolvida, importa considerar o fundamento único ao qual é possível reconduzir todas as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa e que molda a funcionalização dos variados regimes. O que se deve ter em vista é o cuidado com a pessoa da vítima, mais do que sancionar os eventuais causadores dos danos, importa relevar uma responsabilização que “deve surgir exclusivamente do fato” (Lima, 1998, p.116).

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 400):

(...) como se sabe, não pode haver norma jurídica que não seja interpretada à luz da Constituição e que não se coadune com os seus princípios fundamentais. Caberá, então, buscar o fundamento ético-jurídico na Constituição da República, e lá será fácil identificar o princípio que dá foros de constitucionalidade, generalidade e eticidade à responsabilidade objetiva em todas as hipóteses em que ela se manifesta: é o princípio da solidariedade social.

Trata-se da ampla proteção aos lesados por meio de técnicas que realizam mais concretamente os valores constitucionais pelo direito da responsabilidade civil⁵⁶, e sua função primordial voltada para o dano, cuja preocupação hoje perpassa o mero ressarcimento para dimensionar se a sua reparação é efetivamente o que cumpre verdadeiramente o compromisso com a solidariedade social, diante da necessidade de tutelar adequadamente a pessoa humana. Com esse fundamento diluem-se e socializam-se as perdas em face da comunidade ou dos atos/atividades

⁵⁶ Sobre “o futuro da responsabilidade” Sérgio Cavalieri (2014, p. 9) pontua que “se antes a regra era a irresponsabilidade e a responsabilidade a exceção, porque o grande contingente de atos danosos estava protegido pelo manto da culpa, agora, e daqui para frente, cada vez mais, a regra será a responsabilidade objetiva por exigência da solidariedade social e da proteção do cidadão, consumidor e usuários de serviços públicos e privados. O legislador, a jurisprudência e a doutrina continuarão se esforçando, pelos mais variados meios e processos técnicos apropriados, para estarem sempre ao lado da vítima a fim de assegurar-lhe uma situação favorável. A vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito, será o enfoque central da responsabilidade civil. Em outras palavras, a responsabilidade, antes centrada no sujeito responsável, volta-se agora para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido. O dano, nessa nova perspectiva, deixa de ser apenas contra a vítima para ser também contra a coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade”.

aos quais se associa a ocorrência de danos e amplia a proteção aos direitos fundamentais da pessoa, seja o interesse patrimonial ou não.

A respeito especificamente da cláusula do risco, do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, ou da cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, sabe-se que se tratando de uma cláusula aberta, o legislador deixou a cargo do julgador a definição das situações de incidência da norma. Certamente não se trata de tarefa fácil de realizar quando discutíveis e não assentados parâmetros para uma aplicação de forma criteriosa da norma. Em doutrina, afirma-se que importa atentar para o real funcionamento e efetiva aplicação da norma (Salles, 2017, p. 262).

Com efeito, conforme expressiva doutrina, a noção de risco que melhor atende aos interesses das vítimas é a noção de risco criado⁵⁷, na medida em que basta determinada atividade organizada efetivamente expor alguém a risco, ou que efetivamente represente riscos para os direitos de outrem, o que afasta, ao mesmo tempo, a necessidade de que a atividade desenvolvida seja lucrativa, ou geradora de proveito para o responsável, cuja potencialidade danosa vai ter no risco típico e objetivamente associado a determinada atividade não disciplinada por norma específica (Salles, 2017)⁵⁸.

No que diz respeito à qualificação do risco da atividade para efeito de incidência da cláusula geral e a consequente obrigação de indenizar, podendo o risco ser intrínseco ou ocasionalmente verificado conforme os meios empregados ou pelas circunstâncias fáticas em que a atividade normalmente é desenvolvida, aponta-se em doutrina que será considerada de risco para os direitos de outrem a atividade que “causa danos quantitativamente numerosos e qualitativamente

⁵⁷ Em defesa da teoria do risco criado, Caio Mário da Silva Pereira (2018, p.357) afirma que “o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos (...) responde civilmente aquele que, por sua atividade ou por sua profissão, expõe alguém ao risco de sofrer um dano”.

⁵⁸ Para um exame do sentido e alcance, âmbito de aplicação e acertos e desacertos da jurisprudência, conforme Salles, Raquel Bellini de Oliveira, O aspecto multifacetado da responsabilidade objetiva e as oscilações jurisprudenciais na aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, 2017, p. 261-271. Interessante constatação da autora diz respeito a uma aplicação mais larga e de forma mais criteriosa na seara trabalhista, inclusive com entendimento assentado pela aplicação da norma a despeito da previsão do artigo 7º, XXVIII da Constituição Federal quanto à responsabilidade do empregador, que “por força do princípio da proteção, não obsta a imputação objetiva da obrigação de indenizar ao empregador desde que a atividade desenvolvida por este, por sua natureza, represente risco potencial à integridade psíquica do trabalhador” (p.269).

graves”. Não necessariamente considerados de forma concomitante, sendo também critérios indicativos “o fato de a atividade ser administrativamente regulada, ou depender de autorização, ou, ainda, quando o prêmio do seguro for alto” (Moraes, 2010, p. 108), mas que “o juízo acerca do potencial de risco não deve se ater ao caso concreto enquanto evento singular que pode não representar o real índice de risco de uma atividade” (Salles, 2017, p. 265)⁵⁹.

Acredita-se que, tendo como fundamento o dever de solidariedade social e o escopo de tutela da responsabilidade objetiva, deve abranger todos os danos injustamente sofridos por qualquer pessoa lesada, podendo-se vincular objetivamente a obrigação de indenizar, presente o nexo causal, com a atividade desenvolvida. Nesse sentido, tendo em mente um sistema cada vez mais objetivo,

Não mais se sustentará qualquer resquício de culpa, de violação, de sanção ou descumprimento de deveres no fundamento da responsabilidade objetiva, a não ser como necessário pressuposto de uma ação de regresso. (...) a vinculação independerá mesmo da noção de perigo, vindo a cláusula a ser interpretada como abrangente dos danos injustos causados pelas atividades *tout court*: de fato, todas que causarem risco para os direitos de outrem (Moraes, 2010, p.421).

Como visto, cabe ao legislador o entabulamento ou ao próprio juiz definir em quais situações incide a responsabilidade civil subjetiva, ou a objetiva, independentemente de culpa. No que diz respeito à responsabilidade na proteção de dados no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, à falta de uma indicação expressa pelo legislador da LGPD acerca da espécie normativa de responsabilidade e considerando-se que a lei ainda é uma novidade, é natural que as posições sejam divergentes, porém se nota tamanha divergência na doutrina que escreve sobre a responsabilidade civil na proteção de dados⁶⁰.

⁵⁹ Ainda segundo Salles (2017, p.265), serve para identificar em concreto o risco da atividade, entre outros: “a existência de previsão legislativa que submeta o desempenho da atividade a autorização do poder público ou à adoção de medidas de precaução; os índices de risco definidos em tabelas de seguro; a existência de taxas de prêmio notadamente superiores à média; os referenciais da legislação previdenciária utilizados no cálculo de contribuições para custeio de benefícios relacionados a acidentes do trabalho, os quais são baseados em três graus de risco e, ainda, os critérios estabelecidos pela legislação trabalhista para adoção de medidas de segurança e medicina do trabalho e para fixação de adicionais de insalubridade e periculosidade. Tais parâmetros e classificações constantes de leis específicas, contudo, não esgotam e não devem esgotar os campos de aplicação da cláusula geral em tela”.

⁶⁰ Recorrendo novamente à lição de Maria Celina (2010, p.397), ao pontuar que, inobstante as discussões acerca dos modelos e funções da responsabilidade civil, “i) ‘reponsabilidade’ significa a transferência da incidência de um dano de um sujeito a outro, ii) se pode falar em dano injusto (ou injustamente do ponto de vista da vítima) sempre ocorrer lesão a uma situação jurídica subjetiva

O papel da doutrina é especialmente relevante para que a jurisprudência possa vir a aplicar corretamente a LGPD, atenta à ideia de que a responsabilidade civil mudou sob o influxo dos princípios e valores constitucionais. Na jurisprudência não é possível indicar um entendimento único acerca da natureza da responsabilidade por danos “ditos de privacidade”, inobstante se identificar nas decisões analisadas a preponderância da responsabilidade objetiva, seja porque se verifica a presença de relação de consumo, seja pela referência à própria LGPD, art. 42, e ainda referência à responsabilidade pelo risco da atividade prevista no Código Civil⁶¹.

Não se quer dizer com isso que a vítima deva ser ressarcida a todo custo, mas assentada a ideia de que a reparação dos danos injustos é a função primordial da responsabilidade com fundamento na solidariedade constitucional, é a pessoa da vítima a quem se deve assegurar, da forma mais extensa possível, as garantias à integridade de seus direitos.

De toda forma, considerando que a obrigação de indenizar deve ser imposta mediante a observação dos elementos ensejadores dessa responsabilidade, resta referenciar ao nexo causal, que também impõe desafios à responsabilidade

protegida pelo ordenamento, iii) este dano será imputado a um sujeito com base em critérios estabelecidos no ordenamento”.

⁶¹ Afirmando que a responsabilidade civil da LGPD não é objetiva, mas sendo tratamento de dado que envolva relação de consumo, a responsabilidade civil é objetiva, nos termos do art. 45 da LGPD: TJSP, Apelação Cível nº 1000407-06.2021.8.26.0405, da Comarca de Osasco. Relator: Soares Levada. Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 16.08.2021. Mas, considerando-se a responsabilidade objetiva, assim, em indicação ilustrativa: TJS, Apelação Cível nº 1003203-67.2021.8.26.0405. Rel. Campos Petroni. Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 29/06/2021; TJSP, Apelação Cível 1025226-41.2020.26.0405. Rel. João Camillo de Almeida Prado Costa. Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 10/09/2021; TJSP, Apelação Cível nº 1008308-35.2020.8.26.0704. Rel. Alfredo Attié. Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 16.11.2021; TJSP, Apelação Cível nº 1005347-71.2020.8.26.0268 da Comarca de Itapecerica da Serra. Relatora: Lígia Araújo Bisogni. Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 08.11.2021; TJSP, Apelação Cível nº 1024481-61.2020.8.26.0405. Rel. L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 23/08/2021; TJSP, Apelação Cível 1014245-32.2019.8.26.0196; Relator (a): Daise Fajardo Nogueira Jacot; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/11/2021; TJSP, Apelação Cível nº 1000406-21.2021.8.26.0405 da Comarca de Osasco. Relator: Pedro Baccarat. Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 13.10.2021; TJSP, Apelação Cível nº 1025180-52.2020.8.26.0405, da comarca de Osasco. Relator: Arantes Theodoro. Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 26.08.2021; TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.21.082425-6/001, Relator: Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, julgamento em 02/09/2021, publicação da súmula em 03/09/2021.

civil contemporânea. Este é o tema sobre o qual esta dissertação discorre na próxima seção, de forma objetiva, observando os limites desta pesquisa e de quem a realiza.

3.4. Sobre o nexo causal

O nexo causal, segundo Caio Mário da Silva Pereira (2018, p.106), “é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado”. Na mesma linha, Fernando Noronha (1993, p.21) pondera que “o nexo de causalidade é talvez o requisito mais complexo da responsabilidade civil. Com ele, quer-se dizer que só haverá obrigação de reparar danos que se possam considerar consequência do fato gerador. Parece simples, mas não é”. Com efeito, com a tendência à objetivação da responsabilidade e à relativização da culpa na configuração da obrigação de indenizar, a doutrina e a jurisprudência voltam a atenção para o nexo de causalidade, e muitas são as dificuldades na investigação da causa para imputar a responsabilidade ao fato gerador do dano.

Nas palavras de Tepedino (2017, p.305):

A causalidade torna-se, assim, o pilar crucial do sistema, ainda que se admita a sua contemporânea flexibilização, notadamente na hipótese em que for por política legislativa ou judiciária, se decide alocar o risco de certas atividades a seu titular, quer por conta da repercussão social e existencial dos danos provocados, quer em razão da preponderância de certas atividades empresariais na causação de danos provenientes de causas múltiplas.

Daí falar em relativização, flexibilização⁶², presunção de nexo causal⁶³ ao se referir à causalidade, de modo a permitir a efetiva proteção da vítima com a reparação integral do dano diante de inúmeras situações em que se exigir da vítima

⁶² Conforme Gisela Sampaio da Cruz (2005, p.260), “o nexo causal, nos últimos tempos, tornou-se mais flexível, com vistas a possibilitar uma maior proteção à vítima do dano injusto”.

⁶³ Sobre o tema da presunção de causalidade, para maiores aprofundamentos, confira especialmente Mulholland, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil por presunção de causalidade, op. cit. Para a autora, só se pode presumir o nexo causal quando em presença de hipóteses de responsabilidade objetiva e de danos de massa, e essa operação deve ser realizada tendo por base a teoria da causalidade adequada, porque a aferição da causa adequada se dá em abstrato por meio de um juízo de probabilidade. Também Fernando Noronha (1998, p.28) fala em uma responsabilidade objetiva agravada quando “se prescinde também do nexo de causalidade, para se passar a exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco próprio da atividade em causa. (...) trata-se de danos simplesmente acontecidos durante a atividade que a pessoa responsável desenvolve, embora se exija que se trate de danos que estejam de tal modo ligados a essa atividade que possam ser considerados riscos próprios, típicos dela”.

provar cabalmente a relação de causalidade, resta incerto o ressarcimento. Significa dizer, em outras palavras, que nem sempre é possível fazer prova do liame causal entre determinado fato e o dano e, do mesmo modo, em determinados contextos, nem sempre é possível identificar de forma cabal qual a causa do dano.

Segundo se destaca em doutrina, a investigação do nexo causal, além de compreender aspecto filosófico, suscita obstáculos de ordem prática, notadamente a dificuldade de sua prova e da identificação do verdadeiro fato que constitui a causa do dano quando em presença de causalidade múltipla ou concausas. Isso porque se faz necessário determinar qual das condições será atribuída à característica jurídica de causa do dano, que permita imputar a responsabilidade ao agente (Pereira, 2018, p.106-108). Em virtude disso, busca-se delimitar a noção de causalidade jurídica e recorre-se às teorias da causalidade para imputação da obrigação de indenizar determinado agente.

A causalidade como elemento da responsabilidade civil cumpre duas funções. Assim, é considerada para determinar quem responde por um resultado danoso, servindo para imputar a obrigação de indenizar, de modo que, no processo de verificação da obrigação de indenizar, primeiramente se deve investigar a causalidade e, em seguida, buscar os demais elementos da responsabilização, porque a ausência do nexo de causalidade afasta a responsabilidade. A outra função tem em vista a causalidade para delimitar os danos indenizáveis e a medida de sua extensão, servindo como medida da indenização (Cruz, 2005, p.22).

A indenização mede-se pela extensão do dano e a causalidade serve de medida da indenização e não a culpabilidade. Como adverte Alvino Lima (1998, p. 116), “o dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade (...)”, quando em presença da responsabilidade objetiva ou da subjetiva⁶⁴. Nesse sentido, observa-se que a causalidade que se investiga é a causalidade jurídica, que se distingue da causalidade material ou natural.

(...) o nexo de causalidade natural ou lógico diferencia-se do jurídico, no sentido de que nem tudo que, no mundo dos fatos ou da razão, é considerado como causa de um evento pode assim ser considerado juridicamente. A vinculação da

⁶⁴ Destaca-se a segunda parte do parágrafo único do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor: “Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, *segundo sua participação na causação do evento danoso*” (Brasil, 1990). (grifos nossos)

causalidade à responsabilização exige uma limitação do conceito jurídico de causa, sob pena de uma responsabilidade civil amplíssima (Schreiber, 2007, p.51).

Significa dizer que, na perspectiva material, a causalidade diz respeito ao encadeamento de causas e efeitos como elemento de fato; ao passo que a causalidade como elemento da responsabilidade civil consiste na causalidade jurídica, impondo a necessidade de um juízo normativo para destacar entres as várias condições de um evento uma ou algumas que serão elevadas à causa jurídica de um resultado.

Na medida em que se faz necessário estabelecer a relação de causalidade jurídica entre o fato ao qual se pretende imputar a obrigação de indenizar e o dano, destaca-se a importância das teorias da causalidade, que são muitas. A esse respeito, cumpre referir sinteticamente que, entre as muitas teorias existentes, especializada doutrina aponta a teoria da causalidade adequada⁶⁵ e a teoria da interrupção do nexo causal, conhecida como teoria do dano direto e imediato, explicada pela subteoria da necessariedade da causa, como sendo as teorias mais utilizadas pelos tribunais, indicando uma posição mista ou eclética na definição do nexo causal nas situações concretas.

Por vezes, os tribunais invocam nominalmente determinada teoria, mas a fundamentação refere-se não àquela teoria adotada no caso, como, por exemplo, invocar a teoria da causalidade adequada e realizar o juízo de definição da causalidade baseado na teoria da necessariedade da causa. Com base nesta teoria, “o dever de reparar surge quando o evento é efeito necessário de certa causa” (Tepedino, 2017, p.310). O liame de necessariedade permite a consideração para fins de indenização dos danos diretos e indiretos, estabelecido o vínculo de necessariedade entre causa e efeito, de modo que os danos verificados sejam consequência necessária do fato lesivo⁶⁶. A doutrina extrai do artigo 403 do Código

⁶⁵ Segundo a qual, para investigar se a causa é adequada “questiona-se se tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos daquela espécie, ou se existiu naquele caso, por força de circunstâncias específicas. Se a relação existir sempre, considerar-se-á que a causa foi adequada a produzir o efeito. Se, ao contrário, somente uma circunstância especial explicar essa causalidade, dir-se-á que a causa não era adequada” (Tepedino, 2017, p. 307-308).

⁶⁶ Atinente à prova do nexo causal e sua flexibilização, Guedes (2005, p.260) escreve que “à luz dos princípios constitucionais, nos casos em que a prova do nexo causal se torna muito difícil, não se exige mais a demonstração cabal da relação de causalidade, para configurar a obrigação de indenizar. A necessariedade cede lugar à probabilidade”. E complementa: “Em certas hipóteses, a prova do

Civil⁶⁷ a elaboração da teoria do dano direto e imediato, em sua acepção original, construção evolutiva com a subteoria da necessidade da causa.

Afirma-se que, a princípio, cabe à pessoa da vítima a demonstração do nexo de causalidade, ao passo que a sua interrupção fica a cargo do suposto causador do dano (Cruz, 2005, p.159). A interrupção do nexo causal⁶⁸, com o afastamento da obrigação de indenizar, “opera por fatores externos à cadeia causal e pode resultar de fato exclusivo da vítima⁶⁹, fato exclusivo de terceiro⁷⁰, de caso fortuito ou de força maior”. Mas, “a regra geral, todavia, sujeita-se a exceções e especificações” (Moraes, 2010, p. 409) e diz respeito a interpretações mais restritivas das excludentes. Assim, de particular relevância atualmente são as diferenciações já assentadas na doutrina e jurisprudência em relação às excludentes da causalidade a ensejar a exoneração da responsabilidade objetiva, como as exceções à consequência do caso fortuito e força maior, que levam às noções de

nexo de causalidade não precisa ser necessariamente direta, mas pode ser inferida por meio de presunções. Por meio dessas presunções de nexo de causalidade, em que a probabilidade substitui o elemento de necessidade, torna-se mais efetivo o ressarcimento do dano (...)” (p.261). A autora cita o exemplo de dano ambiental.

⁶⁷ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

⁶⁸ Para que se exclua a obrigação de indenizar, especializada doutrina aponta a necessidade de verificação de certos pressupostos, assim enumerados: “a existência de um nexo de causalidade, a ser interrompido, entre o 1º fato e o dano; que o 2º fato seja completamente independente do 1º, no sentido de que não seja uma consequência necessária; que o 2º fato tenha provocado o efeito independentemente do 1º, de tal maneira que só a eficácia causal do 2º fato tenha operado o dano. Sem o primeiro desses pressupostos, não há que se falar em interrupção do nexo causal, mas apenas em ausência de causalidade” (Cruz, 2005, p.159).

⁶⁹ A LGPD utiliza “culpa” exclusiva da vítima, mas o significado da expressão deve corresponder ao fato exclusivo da vítima, porque diz respeito à causalidade, e não à culpa, no sentido da contribuição causal da vítima na ocasião do dano, que deve ser total para excluir a responsabilidade; dita compreensão tem a vantagem de permitir a aplicação da excludente nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva. Aguiar Dias (2006, p. 944) explica: Admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso”.

⁷⁰ Conforme Dias (2006, 927), terceiro é qualquer pessoa estranha à equação vítima – agente responsável, no sentido de estranhos à relação, ressalvadas as pessoas pelas quais o agente é responsável, ou por elas responde.

caso fortuito interno e externo⁷¹; quanto ao fato de terceiro, para gerar a exclusão da responsabilidade, a ação do terceiro deve equipar-se ao caso fortuito externo⁷².

Com efeito, a delicadeza do tema da causalidade revela-se acentuada quando a noção precisa ser examinada no campo da proteção de dados pessoais, tornando-se especialmente complexa. Entre a atividade de tratamento de dados pessoais realizada pelos agentes responsáveis – o controlador e o operador – e o dano, deve-se estabelecer uma relação de causalidade para, em presença dos demais elementos, deflagrar a responsabilização dos sujeitos responsáveis.

Sobre o problema do nexo de causalidade na proteção de dados pessoais, nota-se que a complexidade dos eventos danosos, envolvendo fluxos de dados, torna mais difícil a prova da causalidade e a identificação precisa do verdadeiro agente responsável ante a manifesta assimetria de poder informacional que vulnera a pessoa humana com a intensa circulação e recorrente uso indevido de suas informações pessoais pelas mais diversas ferramentas tecnológicas⁷³. Diante disso, como falar em causalidade em cenários de grandes incidentes de segurança com dados pessoais⁷⁴, e nem sequer de proteção da privacidade.

Em doutrina, sublinha-se que:

O vazamento de dados pessoais em uma sociedade de informação ocorre, muitas vezes, por meio de sucessivas transferências ou apropriações de dados que, mesmo em casos de investigação policial, se tem dificuldade em reconstituir. A fonte originária de dados pessoais nem sempre é passível de identificação (*trackable*) e o caminho percorrido pelos dados pessoais frequentemente restará demonstrado mais a título de efetiva probabilidade que de certeza matemática (Schreiber, 2020, p.229-330).

⁷¹ “O fortuito interno seria o que se liga à pessoa ou à empresa do responsável (impossibilidade relativa, isto é, para o agente); fortuito externo seria o correspondente à força maior e surgiria com a ocorrência de um fato sem ligação alguma com a empresa ou a pessoa do responsável, como fenômenos naturais ou ordens emanadas pelo poder público (impossibilidade absoluta, isto é, para quem quer que seja). [...] se o fortuito é devido a uma causa considerada alheia à atividade, há exoneração, mas, se a causa é tida como conexa à atividade, não exonera” (Moraes, 2010, p.410).

⁷² “Quando, porém, o fato de terceiro decorre de uma atividade considerada conexa ou quando dá ensejo a uma situação de estado de necessidade, não há exclusão da responsabilidade (...)” (MORAES, 2010, p.411). Conferir também Guedes, 2005, especialmente p. 176-205.

⁷³ Sobre os desafios da responsabilidade civil contemporânea ante as tecnologias digitais emergentes, Rosenvald & Monteiro Filho (2020, p.546) apontam, entre outros, que “a pluralidade de atores nos ecossistemas digitais e a complexidade interna dos algoritmos envolvidos torna cada vez mais difícil descobrir quem pode ser o responsável pelos danos causados”.

⁷⁴ Como já visto, incidente não resulta somente de invasões de terceiros, é amplo e “abarca espécies de infrações tais como o acesso não autorizado, a destruição de dados, a perda de dados, a alteração de dados e qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito” (Souza, 2020, p.426).

Tarefa difícil o estabelecimento da causalidade, em meio a sucessivas e crescentes operações com dados pessoais⁷⁵, na medida em que, em princípio, a parte que sofreu o dano precisa provar a existência de um nexo causal entre o dano injusto e a conduta ou atividade desenvolvida. Isso, por sua vez, é agravado pela assimetria informacional entre o agente de tratamento e o titular dos dados. E, nessas hipóteses de complexidade maior, a comprovação do nexo de causalidade, em cada incidente, pode tornar-se inviável para a parte lesada⁷⁶⁻⁷⁷. Por isso, para além da facilitação da sua defesa individual, fundamentais serão os instrumentos de tutela coletiva dos dados pessoais, expressamente mencionados pelo legislador da LGPD.

Daí o papel relevante que desempenham os instrumentos da responsabilidade civil para a efetiva proteção da pessoa, como a inversão do ônus da prova, a responsabilização solidária, somado à flexibilização do nexo de causalidade⁷⁸, instrumentos coletivos adequados para proteção concreta dos direitos dos titulares de dados, e inclusive dano moral coletivo.

⁷⁵ “Como é comum que os mesmos dados dos titulares estejam presentes em mais de um banco de dados, pode ser impossível apontar de qual organização aquelas informações vazaram. Trata-se da dificuldade de estabelecer o nexo causal entre o aparecimento das informações na internet e o eventual vazamento ocorrido na infraestrutura do agente de tratamento de dados. Se, por exemplo, dados de diversas pessoas aparecem na *deep web*, pode não ser possível fazer a ligação, *a priori*, com uma determinada empresa que trata aqueles dados se não houver nenhum identificador que permita a relação” (Menke, Goulart, 2020, p. 354).

⁷⁶ Em defesa da indispensabilidade do nexo causal, em virtude da dificuldade do estabelecimento de critérios seguros na liquidação dos danos e, de outro lado, a imperiosidade de proteger a pessoa da vítima ante as demandas sociais contemporâneas, Tepedino (2017, p.325) sublinha que “(...) na complexidade da vida contemporânea, com a sofisticação da produção industrial e a crescente potencialidade de riscos das atividades econômicas, há de se proteger integralmente a vítima por danos delas inerentes, provenientes da condução das respectivas atividades para as quais o legislador, cada vez mais, exige investimentos em informação, capacitação, precaução e prevenção”.

⁷⁷ Como já se registrou, Mulholland (2009) propõe a flexibilização do nexo de causalidade por meio de presunção da causalidade diante de responsabilidade, fundada no risco, sendo que a investigação na verdade perpassa pelo próprio dano como evento típico associado a determinada atividade realizada; e, nas hipóteses de danos de massa ante a dimensão coletiva dos interesses violados, dano multifatorial, porquanto advém de uma multiplicidade de atores, tornando-se a causalidade imprecisável.

⁷⁸ No que diz respeito às hipóteses de concausas, nas palavras de Tepedino (2017, p. 314-316: “Cuidando-se de causalidade de causas concomitantes e, portanto, diretas, resulta implícito o vínculo de necessidade entre as causas e o evento danoso. Diante de múltiplas causas concomitantes, ao juiz caberá: i) identificar qual dessas causas é preponderante, de modo a excluir as demais (especialmente no caso de atividade econômicas (*sic*) com potencial de risco para terceiros); e ii) quando mais de uma causa tiver relevância decisiva para a produção do resultado, ou quando se mostrar impossível a determinação de qual delas foi verdadeiramente preponderante, repartir o dever de indenizar, ocorrendo então (só nesta situação específica) o que se convencionou denominar *culpa concorrente*. (...) Situação inteiramente diversa configura quando a multiplicidade de causas é sucessiva, ou seja, quando uma delas constituir causa direta do dano, ganhando autonomia em

Contudo, em relação à inversão judicial do ônus da prova, que não é automática, mas realizada pelo juiz a partir do caso concreto, a doutrina pondera:

A possibilidade de inversão do ônus probatório em favor da vítima, configurada no art. 42 §2º da LGPD, não representa favorecimento que resolveria o usual calvário probatório a que toda vítima (de dano provado) tem que se submeter. A regra presente na LGPD continua sendo a exigência da prova do descumprimento por parte do tratador dos dados e a exceção, mediante decisão fundamentada e após a instauração judicial da demanda, é apenas a sua inversão (Moraes, Queiroz. 2019, p.127)

No que tange às excludentes de responsabilidade civil, foram contempladas expressamente pelo legislador da LGPD no artigo 43⁷⁹, em estrutura semelhante às excludentes tratadas no Código de Defesa do Consumidor (art. 14, §§ 1ºe, 3º), cabendo, como se viu, aos agentes de tratamento o encargo probatório para exoneração de sua responsabilidade, os quais “só não serão responsabilizados quando provarem” as causas apontadas de exclusão da responsabilidade.

Numa perspectiva objetivista sobre incidentes de segurança, Mulholland (2020, p.122) os define como:

(...) acontecimentos que se relacionam ao risco inerente ao desenvolvimento da atividade de tratamento de dados, como vazamentos não intencionais, e invasão de sistemas e bases de dados por terceiros não autorizados. (...) esses riscos devem ser necessariamente situados como intrínsecos à atividade de tratamento de dados e, portanto, considerados, em última análise, como hipótese de fortuito interno, incapazes de afastar a obrigação dos agentes de tratamento de indenizar os danos causados pelos incidentes de insegurança.

relação às mais remotas. Ao contrário do cenário delineado na concomitância de causas, aqui as diversas causas aparecem sucessivamente na linha do tempo, de tal modo que o dano surge após o encadeamento de fatos cronologicamente distintos. Sendo, portanto, sucessivas, deve-se analisar se há necessidade entre a causa a que se pretende atribuir o dever de reparar e o evento danoso. Se não houver, exclui-se o dever de indenizar. Por outro lado, em se tratando de pluralidade de causas necessárias, ainda que sucessivas, só então a solução levará em conta o critério antes aludido da preponderância das causas ou, considerando-as equivalentes, da repartição do dever de reparar”.

⁷⁹ Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro. No Regulamento europeu de proteção de dados, a isenção da responsabilidade do agente opera “se provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos” (art. 82, nº 3), isto é, “se provar que o facto que causou o dano não lhe é de modo algum imputável” (Considerando 146).

Considera-se, portanto, o caso fortuito interno que, atuando sobre o nexo de causalidade, não se mostra suficiente para a exclusão da responsabilidade dos agentes de tratamento de dados pessoais, uma vez que faz parte do risco da atividade, portanto a atividade de coleta e tratamento de dados tem de levar em conta esse fator.

Ainda nessa linha, o fato de terceiro pode, também, constituir causa de exclusão da responsabilidade civil. Assim, sobre o fato exclusivo de terceiro como hipótese de exoneração da responsabilidade contemplada na LGPD, afirma-se em doutrina que “não é possível aduzir como excludente de responsabilidade a ação de *hacker* ou qualquer outro meio de quebra da segurança de banco de dados, posto que devem ser adotadas todas as medidas de segurança disponíveis à época, conforme disposto no artigo 44 da LGPD” (Lima *et al.*, 2020, p.157).

Sobre o ponto, em relação à responsabilidade objetiva do fornecedor e à obrigação de propiciar a segurança adequada e suficiente aos dados pessoais sob sua responsabilidade, doutrina especializada já sublinhava que:

(...) na hipótese de invasão de um *hacker* no sistema, a alegação de culpa exclusiva de terceiro também apresentaria fragilidades, uma vez que a invasão tem como base sempre algum tipo de deficiência na segurança. Assim, havendo uma relação do evento causador do dano com a atividade do fornecedor, fica mantido o nexo entre o dano e o defeito e persiste, portanto, o dever de indenizar (Mendes, 2014, p.218).

Inobstante isso, e parece que tal compreensão leva em conta a posição que se adote acerca do regime de responsabilidade civil na LGPD, salienta-se em doutrina que nem sempre os incidentes de insegurança causam acidentes de segurança, e, se assim for, não acarretam danos ao titular e não geram o dever de indenizar. E, no que tange ao nexo causal, em divulgação de dados provocada por terceiros, como, por exemplo a ação de *hacker*, trata-se, no caso, de exoneração da responsabilidade dos agentes de tratamento de dados por fato de terceiro externo (Terra, 2021). Sobre o ponto, não se pode olvidar que as diferenciações estabelecidas quanto a essas excludentes assumem importância se se trata de responsabilidade objetiva.

No que concerne à excludente provocada por fato exclusivo da vítima, pontua-se, diante da assimetria informacional do titular dos dados, como mensurar a participação exclusiva da vítima no contexto das novas tecnologias, de modo a

afastar a imputação de eventual resultado danoso da esfera do agente de tratamento de dados. Parece que o mesmo raciocínio feito ao consumidor deve se estender ao titular de dados considerada a sua sujeição ao exercício da atividade de tratamento de dados pessoais. As demais excludentes estabelecidas na lei serão consideradas adiante, no último capítulo, dentro da discussão doutrinária sobre o regime de responsabilidade na Lei Geral de Proteção de dados.

Na jurisprudência pós LGPD, não é possível dizer sobre consolidação de entendimento do judiciário a esse respeito e da própria temática da responsabilidade civil de maneira ampla, denotando-se que à causalidade como elemento da responsabilidade tem se voltado as fundamentações das decisões, ainda que de forma não aprofundada. Na primeira decisão já citada, envolvendo a Eletropaulo, e confirmada em sede de recurso de apelação, a sentença e o acórdão, baseando-se no Código de Defesa do Consumidor, consideraram, no caso, a existência de fortuito interno⁸⁰ a não exonerar a responsabilidade. Contudo, como se viu, reconheceram a falha na prestação do serviço com o vazamento de dados, entendendo pela não ocorrência de dano algum. Pela não exclusão da responsabilidade dos agentes de tratamento em virtude de ação de terceiro também se manifestou a jurisprudência, entendendo-se, no caso concreto, como risco inerente ao exercício da atividade⁸¹. Há, porém, jurisprudência decidindo, nesses

⁸⁰ (...) “Inequivoco que a ré tem a obrigação de proteger os dados pessoais de seus clientes. Porém, por falha na segurança ou falta de aperfeiçoamento e modernização de seu sistema, permitiu que terceiros tivessem acesso a esses dados. A falha na prestação do serviço é, portanto, evidente, não havendo que se falar na excludente do artigo 14, § 3º, II, do CDC, por se tratar de fortuito interno. Por outro lado, para o surgimento do dever de indenizar, faz-se necessário aferir se tal vazamento de dados causou efetivamente à parte autora algum dano” (TJSP. Apelação Cível 1025226-41.2020.26.0405. Rel. João Camillo de Almeida Prado Costa. Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 10/09/2021)

⁸¹ Nesse sentido: APELAÇÃO. VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. DANOS MORAIS. A sentença condenou a ré a pagar R\$ 10.000,00 de indenização por danos morais. Apelo do réu. Falha do serviço comprovada. Dever de proteção dos dados pessoais. Lei 13.709/18. Ataque de hacker que se insere no risco do empreendimento. Dano moral configurado. Verba que não comporta redução. Acesso aos dados que não poderão ser revertidos. Dados pessoais não anonimizados. Sumula 343 desta Corte. Recurso desprovido. (TJRJ, Apelação Cível nº 0045559-71.2020.8.19.0002. Rel. Des(a). Natácha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira. Órgão julgador: 26ª Câmara Cível. Julgamento: 03/02/2022). Ainda: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - DANO MORAL - OCORRÊNCIA - CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIROS - NÃO CARACTERIZADA - VALOR - CIRCUNSTÂNCIAS E RAZOABILIDADE. - Configura defeito na prestação do serviço e, por conseguinte, dano moral indenizável o vazamento de dados pessoais e sigilosos de clientes pela empresa mantenedora que não ofereceu a segurança necessária sobre as informações que lhe foram confiadas pelos seus usuários. - Não se

casos, por não imputar aos agentes de tratamento a responsabilidade em virtude de vazamento ou uso indevido de dados pessoais⁸².

Esses apontamentos se limitaram a apresentar alguns problemas em torno dos clássicos elementos da responsabilidade na proteção de dados, inobstante as mudanças no Direito da responsabilidade civil, tendo em vista a insuficiência do modelo reparatório tradicional para a tutela adequada da pessoa.

De fato, persistem controvérsias em torno da identificação, qualificação do dano, no que tange à obrigação de indenizar, como também há dificuldade em se avaliar o próprio dano para fins da indenização. Além disso, discute-se sobre os fatores de atribuição de responsabilidade, culpa, risco, e, de igual modo, sobre nexo causal especialmente complicado na proteção de dados.

De toda forma, importa o papel que a responsabilidade civil deve desempenhar no ordenamento jurídico como mecanismo de tutela dos direitos fundamentais da pessoa, especialmente a privilegiar a prevenção de danos à pessoa

pode falar em culpa exclusiva de terceiro que isente a ré de responsabilidade, se configurada a falha na prestação de seus serviços. - O valor da indenização por danos morais deve ser fixado de forma proporcional às circunstâncias do caso e com razoabilidade. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.21.082425-6/001. Relator(a): Des.(a) Evandro Lopes da Costa Teixeira. Órgão julgador: 17ª Câmara Cível, julgamento em 02/09/2021, publicação da súmula em 03/09/2021).

⁸² Reconhecendo o dano moral *in re ipsa* pela utilização dos dados do consumidor sem seu consentimento, na esteira de entendimento esposado no STJ – Resp 1758799/MG, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ: 19/11/2019, mas afastando o nexo causal em virtude de ação de hacker: “Recurso Inominado - ação de reconhecimento - Lei Geral de Proteção de Dados – Divulgação de dados armazenados – necessária manifestação de vontade do titular – vazamento de informações – ausência de prova de omissão qualificada da empresa (falha reiterada nos sistemas de informática) – ataque hacker – excludente de responsabilidade – artigo 43, inciso III, da Lei nº 1.3709/2018 – sentença mantida – recurso desprovido”. (TJSP. Recurso Inominado nº 1002694-39.2021.8.26.0405. Órgão Julgador: 2ª Turma Cível do Colégio Recursal – Osasco. Rel. André Luiz Tomasi de Queiroz. Data do julgamento: 25.06.2021). Ainda: “Ação de obrigação de fazer c.c. indenizatória moral. Fornecimento de energia elétrica. Vazamento de dados pessoais. Incidência do CDC, nos termos do artigo 43 da LGPD. Excludente de responsabilidade. Culpa exclusiva de terceiro (hacker). Inteligência do artigo 14, § 3º, CDC. Inúmeras ligações, propagandas via e-mail, mensagens indesejadas. Mero aborrecimento. Fato corriqueiro. Dano moral inexistente. Sentença de improcedência. Apelo improvido”. (TJSP; Apelação Cível 1000407-06.2021.8.26.0405; Relator (a): Soares Levada; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/08/2021; Data de Registro: 19/08/2021). “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Responsabilidade civil objetiva extracontratual. Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. Autor que reclama prejuízo moral em razão de inserção de seus dados pessoais em "site" administrado pela ré, passando a receber ligações indevidas. SENTENÇA de improcedência. APELAÇÃO do autor, que insiste no acolhimento do pedido inicial. EXAME: Pressupostos da responsabilização civil que consistem em ato ou conduta humana, nexo de causalidade e dano. Ausência de prova segura quanto ao dano e ao nexo de causalidade. Dano moral que no caso dos autos não se constitui "in re ipsa". Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO”. (TJSP; Apelação Cível 1014245-32.2019.8.26.0196; Relator (a): Daise Fajardo Nogueira Jacot; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/11/2021; Data de Registro: 26/11/2021).

humana, de modo a antecipar os riscos à privacidade e evitar o uso abusivo e ilícito de dados pessoais. Diante de eventual resultado danoso, deve-se reparar as pessoas atingidas da forma mais extensa possível e, também, não se pode olvidar das sanções presentes nas regras de proteção de dados, a serem aplicadas pela Autoridade Nacional de proteção de Dados Pessoais.

É por isso a relevância acentuada da doutrina na sistematização da matéria da responsabilidade civil a dialogar e guiar sua aplicação prática pelo judiciário brasileiro diante da ocorrência de episódios diversos de vazamentos e uso indevido de dados pessoais que não param de surgir, por meio de uma adequada interpretação constitucional dos instrumentos de tutela da pessoa contemplados na pela Lei Geral de Proteção de Dados, em diálogo e de forma sistemática com a normativa já existente.

4.

Um sistema novo de responsabilização na proteção de dados da pessoa humana

Neste capítulo, busca-se, com base no delineado nos capítulos anteriores, compreender o sistema de reponsabilidade civil articulado na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Para tanto, investiga-se o debate doutrinário acerca da responsabilidade na proteção de dados, identificando-se as vertentes interpretativas e seus principais argumentos.

4.1.

Argumentos a favor da responsabilidade civil subjetiva: por que a responsabilidade civil subjetiva na proteção de dados?

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em meio a múltiplos temas, estabeleceu um sistema geral protetivo dos dados pessoais e, para que seja efetiva, cuidou de prever um sistema particular de responsabilização voltado tanto para uma atuação que busca evitar ou diminuir ocorrência de danos, quanto *a posteriori*, quando o dano acontece, impondo a obrigação de indenizar à vítima. Mas, sem explicitar a espécie normativa de responsabilidade civil, instalou-se intenso debate doutrinário a respeito da natureza da obrigação de indenizar dos agentes no exercício de atividade de tratamento de dados.

Além disso, como se viu, a legislação anterior ao marco normativo geral já tangenciava o tema da proteção dos dados pessoais também levando em conta regras de responsabilidade civil que passam a conviver com as normas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados, exigindo atenção por parte da doutrina na construção de soluções interpretativas para uma coerente e eficaz aplicação prática do marco normativo, que deve se pautar numa ampla proteção da pessoa¹.

A esse respeito, Mendes e Doneda (2018, p. 479) ponderam que:

¹ Como já visto acerca da influência da legislação brasileira também nas normas da LGPD, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor: “Do CDC, tem-se o art. 64 da LGPD relativo ao diálogo das fontes, inspirado no art. 7º do CDC, bem como algumas regras de responsabilidade, em especial a inversão do ônus da prova, as excludentes de responsabilidade, a possibilidade de danos coletivos, assim como o conceito de tratamento impróprio de dados (art. 42, §§ 2º e 3º, 43 e 44, da Lei 13.709/2018)” (Mendes; Doneda, 2018, p.471).

(...) há o desafio de interpretação sistemática das diversas legislações referentes ao tratamento de dados pessoais no Brasil, em especial, da LGPD com outras leis que tratam de setores específicos, como o Marco Civil da Internet e a Lei do Cadastro Positivo. O desafio é particularmente importante, na medida em que as soluções clássicas de conflito de leis no tempo – seja relativa à especialidade de uma das normas, seja da derrogação da Lei mais antiga – não parecem ser adequadas ao presente caso.

Com efeito, como se sabe, o ordenamento jurídico é um sistema complexo, posto que é constituído pelo conjunto sistemático de todas as normas, e dinâmico, por isso precisa guardar coerência entre si (Bobbio, 1995). Daí a importância de uma interpretação que assegure a unidade do sistema conferida pela normativa constitucional, tendo em conta a necessária harmonização de suas diversas fontes normativas, em atenção à exigência primária da máxima realização dos valores fundamentais². Esse aspecto é particularmente importante e atual, sobretudo, porque, como adverte em doutrina, “com as novas tecnologias, a inteligência artificial, as sucessivas leis de proteção do consumidor, a nossa Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), entre outras, percebe-se a tentativa de dilacerar o tecido interpretativo em novas áreas especializadas (...) (Tepedino, 2021, p.12)³.

Dentro desse cenário de construção do marco normativo de proteção de dados e do necessário diálogo⁴ com as normas já existentes, cumpre levantar a

² Conforme Perlingieri (2008, p. 175): “A solução a cada controvérsia deve ser dada não somente levando em consideração o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas à luz de todo o ordenamento, em particular dos seus princípios fundamentais, como escolhas de fundo que o caracterizam”. E mais à frente: “A interpretação ou é sistemática (...), ou não é interpretação” (p.210). Ver também Adrian Sgarbi, **Curso de Teoria do Direito**, 2020, cap.XXXXVII.

³ Assim, conforme Perlingieri, *Stagioni del diritto civile*, 2021, p. 51 apud Tepedino, 2021, p.12. “A técnica legislativa não representa uma variável independente do quadro constitucional e não é suscetível de autolegitimar legislações setoriais, de modo a assumir, à falta de um desenho abrangente – especialmente na presença de nova codificação – o papel de direito geral de uma inteira matéria. O desenho abrangente deve ser capturado a partir do constante e tenaz trabalho do intérprete, destinado a identificar os princípios veiculados na assim chamada legislação especial, reconduzindo-os, também no plano de sua legitimidade, à unidade do sistema. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República garante a correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre a maioria e a minoria, entre o poder econômico e os direitos dos marginalizados”.

⁴ Muito se tem falado sobre a necessidade de uma interpretação que tome em conta as leis que compõem a estrutura normativa de proteção de dados brasileira para além da LGPD, como, por exemplo, o Código de Defesa do consumidor, Marco Civil da Internet, lei de acesso à informação. Cláudia Lima Marques (2006, p.28-29), baseando-se em Erik Jaime, explica: “é o atual e necessário ‘diálogo das fontes’ (*dialogue des sources*), a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, diálogo porque a aplicação das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente,

diversificação interpretativa sobre a normativa posta à responsabilidade civil na LGPD, que consta dos artigos 42 e seguintes, a começar pelo entendimento que sustenta ter o legislador acolhido o regime de responsabilidade civil subjetiva quanto à imputação dos danos no processo de tratamento de dados.

Para Márcio Cots e Ricardo Oliveira (2019, p. 180), “a responsabilidade civil dos agentes de tratamento segue a regra geral estabelecida pelos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil (...)”. Destacam que o nexo causal do dano associa-se à violação da LGPD, de modo que, se não houver violação, não se pode falar na aplicação da regra da responsabilidade do artigo 42 da lei que estabelece a responsabilidade dos agentes. No tocante às excludentes de responsabilidade, ressaltam as discussões que estas podem gerar, por exemplo, nos casos de vazamentos de dados provocado por ação de terceiros, tomando em conta que não há sistema de segurança invulnerável. Indica-se, nessas situações, seguir o tratamento dado pela doutrina relacionado ao Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que não é toda ação provocada por terceiro que eximirá os agentes de tratamentos da responsabilidade pelo dano causado.

Outra consideração diz respeito à irregularidade do tratamento de dados pessoais pela falta de segurança com base no artigo 44 da LGPD, no sentido de que o tratamento pode estar amparado por base legal autorizativa, mas ser considerado irregular se não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, avaliadas as circunstâncias relevantes, entre as quais, as enunciadas nos incisos do dispositivo em tela⁵. Pondera-se sobre a importância do atendimento da expectativa legítima de segurança para que o tratamento seja considerado regular, como também a consideração das técnicas de tratamento disponíveis à época de sua realização. Por fim, ressalta-se que, na grande maioria dos casos, o tratamento de dados ocorrerá no âmbito das relações de consumo, de modo que atrairá as regras pertinentes, inclusive de responsabilização, especialmente o Código de Defesa do Consumidor.

seja subsidiariamente (...). Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)”.

⁵ LGPD, Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo pelo qual é realizado; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Em suma, considera-se que haverá responsabilização subjetiva como regra geral estabelecida no Código Civil se houver descumprimento da LGPD que gere dano ao titular ou no caso de irregularidade do tratamento de dados pela falta de segurança. Márcio Cots e Ricardo Oliveira (2019) sustentam que subsiste no direito brasileiro sistema misto ou dualista de responsabilidade – subjetivo e objetivo, contemplado no próprio texto constitucional, com distinção prevista no Código Civil, ao prever uma cláusula de responsabilidade pelo risco da atividade, afastando-se essa relação de exceção e regra com que a doutrina e jurisprudência enxergava responsabilidade objetiva em relação à responsabilidade subjetiva⁶. Não se vislumbram assim, na posição apresentada pelos autores, argumentos que, em alguma medida, possam afastar a responsabilidade civil objetiva em matéria de proteção de dados pessoais.

Ainda nesse ponto, com argumentos a favor de uma responsabilidade subjetiva, Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Rose Melo Vencelau Meireles (2020, p.229)⁷, em texto que analisa o tema do término do tratamento de dados, afirmam que, a despeito de o legislador da LGPD não ter sido explícito no tocante à natureza da responsabilidade por danos dos agentes no tratamento de dados, podem-se inferir “pistas” no documento normativo que “levam à conclusão de que o regime adotado pela LGPD, como regra, foi mesmo o da responsabilidade subjetiva”. Para as autoras, portanto, a LGPD acolheu a teoria subjetiva de responsabilidade civil, o que importa considerar prova da culpa dos agentes de tratamento de dados na causação do dano.

Um primeiro indício apresentado pelas autoras diz respeito à retirada, durante o processo legislativo de elaboração da LGPD, das referências expressas à responsabilidade objetiva⁸. Bioni (2020) pondera que tal tomada de decisão não

⁶ Nesse sentido: “O Código Civil de 2002 (...) introduziu a imputação do dever de indenizar por atribuição meramente objetiva, sendo que não o fez pontualmente, em situações individualizadas, delimitadas, mas o fez como sistema geral, transmudando o caráter da responsabilidade objetiva – até então meramente excepcional – em regra, isto é, em preceito legal geral” (Hironaka, 2008, p.801).

⁷ Em linha com a posição sustentada pelas autoras e os argumentos utilizados, Tasso, Fernando, 2020; e ainda Dantas Bisneto, Cicero, 2020.

⁸ E apontam: “Diferentemente desse primeiro texto [versão inicial do PL 5.276/2016], todas as demais versões subsequentes do Projeto, até a versão finalmente sancionada da LGPD, passaram a não mais mencionar, como regra geral, um regime de solidariedade ou objetividade na responsabilidade pelos danos decorrentes do tratamento de dados pessoais. A referência expressa à

escapou às severas críticas por parte dos defensores de uma responsabilização, de fato, coerente em matéria da proteção de dados pessoais, ressaltando, sobretudo, os debates no segundo processo de consulta pública⁹. Nada obstante a esse argumento apresentado pelas autoras, esse aspecto histórico não parece suficiente para afirmar que a LGPD adotou o modelo da responsabilização subjetiva.

Acrescem as autoras o argumento de que a estrutura da LGPD está pautada em criação de deveres, *standards* de conduta, que devem ser observados pelos agentes. Apontam o capítulo VI que, sob a rubrica de Segurança e Boas Práticas, trata da Segurança e do Sigilo de Dados e das Boas Práticas e Governança, a indicar a necessidade de um juízo de valor da conduta dos agentes de tratamento de dados, consistente na omissão de adoção de medidas de segurança para o tratamento dos dados e descumprimento das obrigações estabelecidas na lei, o que caracteriza a conduta culposa. Assim, os agentes apenas responderão quando o dano decorrer de violação à legislação de proteção de dados, ou seja, quando sua conduta não se adequar ao *standard* (culpa normativa) estabelecido pelo legislador, seja por um tratamento irregular de dados, seja por incidentes de insegurança (Guedes, Meireles, 2020, p.229-233).

Sob tal perspectiva, as autoras salientam:

O legislador criou uma série de deveres de cuidado que devem ser seguidos pelo controlador e pelo operador, sob pena de virem a ser responsabilizados. Assim, não faz sentido – nem do ponto de vista lógico, nem do jurídico – o legislador criar uma série de deveres de cuidado se não for para implantar um regime de responsabilidade subjetiva. Se o que se pretende é responsabilizar os agentes, independentemente de culpa de fato, não faz sentido criar deveres a serem seguidos, tampouco responsabilizá-los quanto tiverem cumprido perfeitamente todos esses deveres. A lógica da responsabilidade objetiva é outra, completamente diferente: não cabe discutir cumprimento de deveres, porque, quando se discute cumprimento de deveres, o que no fundo está sendo analisado é se o agente atuou ou não com culpa (Guedes, Meireles, 2020, p. 229).

A primeira vista, compreender a responsabilidade civil como “mero dever procedimental” parece não se coadunar com os princípios e valores que norteiam o instituto, na medida em que fará com que a pessoa que sofre um dano injusto em decorrência do exercício da atividade de tratamento de dados não seja ressarcida,

responsabilidade objetiva foi completamente eliminada do texto legal” (Guedes, Meireles, 2020, p. 230).

⁹ Para um quadro comparativo dos textos, ver Bioni, 2020, p.2.

diante do especial escopo de tutela da lei de concretizar os valores existenciais, nesse campo, e como de resto deve ser¹⁰.

Nesse sentido, apoia-se na lição da professora Maria Celina (2003) de que a culpa normativa só pode existir quando há um procedimento a ser seguido. De modo que é preciso verificar se existe ou não o procedimento, e se foi ou não seguido. Mas, se não há procedimento, como parece ser diante da normativa da LGPD, a ideia de culpa normativa como vem sendo apontada, com vistas a sustentar um regime subjetivo de responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais, acaba por transformar a responsabilidade civil subjetiva em responsabilidade objetiva. Com isso, e a título ilustrativo, poder-se-ia pensar, para fins de verificação de procedimento e análise de culpa com essa conotação, no relatório de impacto de proteção de dados pessoais, mas, por ser um instrumento do controlador, não se trata de documento público, embora exigível pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Por meio desse importante instrumento para a salvaguarda dos direitos dos titulares, como já visto, o agente de tratamento identifica os riscos, a probabilidade de dano, as salvaguardas e as medidas adequadas de segurança e mitigação dos riscos a serem tomadas em suas operações de tratamento de dados¹¹.

No tocante ao argumento apresentado por Guedes; Meireles de que não faz sentido a imposição de tantas obrigações aos agentes, e ainda “prestar contas”, para, ao final, serem responsabilizados objetivamente, registra-se que, diferentemente do entendimento esposado, parece não haver contrariedade das obrigações instituídas pela lei aos agentes de tratamento de dados e a responsabilização objetiva, uma vez

¹⁰ Já se afirmou que: “No tocante à responsabilidade civil, entende-se, conceitualmente, que haverá reparação ao se comprovar um dano, injustamente causado, tutelando-se, dessa forma, a boa-fé objetiva, o dano injusto e sua consequente reparação. Não se pode afirmar que o instrumento do *compliance* seja hábil a excluir, reduzir, correlacionar, automaticamente, a responsabilidade em face de dano consumado” (Oliveira; Sampaio, 2022, p. 113).

¹¹ LGPD, Art. 5º, XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco. Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial. Parágrafo único. Observado o disposto no caput deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados.

que busca mitigar os riscos de danos, protegendo os direitos dos titulares; mas, ao contrário, se complementam justamente como forma de assegurar os interesses da pessoa¹².

Por seu turno, a adoção das medidas para evitar o dano atine propriamente à responsabilidade subjetiva, com violação de dever de cuidado, ou não se trata mesmo de responsabilidade objetiva, porquanto, tais medidas serem associadas aos riscos atrelados a coleta e tratamento de dados e, portanto, levam à imposição de determinadas obrigações a cargo dos agentes.

Mais à frente, para reforçar a posição adotada, Guedes e Meireles (2020, p. 233) indicam a culpa baseada “em violação à legislação de proteção de dados”, expressão constante do art. 42, *caput*, e que pode ser afastada se o agente de tratamento de dados provar “que, embora tenha realizado o tratamento de dados pessoais que lhe é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados” (art. 43, II), ou seja, provar a inexistência de falta/violação à lei. Ressaltam a ausência de menção à responsabilidade independente de culpa, que, para as autoras, levam ao regime subjetivo.

De acordo com as autoras, o inciso II do artigo 43 da LGPD, diferentemente dos demais incisos, I e II, que se referem à causalidade, aborda a culpa e não a causalidade. Baseadas nessa compreensão, escrevem que, se o agente provar que cumpriu os deveres impostos pela LGPD, não será ele responsabilizado pelo incidente que ocorreu, porque não se deu em razão de sua conduta culposa, mesmo havendo nexo causal entre a conduta do agente e o dano.

De fato, a LGPD, nesse dispositivo, trata das hipóteses excludentes da responsabilidade civil dos agentes de tratamento por danos decorrentes nas operações de tratamento de dados¹³. A respeito dessa excludente, em doutrina,

¹² Nesse sentido, elucida Rodotà (2010, p.53): “(...) não se pode julgar decisivo ao argumento dos custos para as empresas (e para a administração pública) ocasionado pelas normas sobre proteção de dados. As empresas já suportam os custos por conta da tutela de interesses gerais, relacionados à segurança dos trabalhadores, tutela dos consumidores ou integridade do meio ambiente. Não se pode efetivamente estimar que os interesses ligados à proteção de dados sejam de ordem inferior. (...) e a única forma de impedir que isso aconteça consiste justamente em estabelecer determinadas obrigações a cargo dos coletores de informações”.

¹³ Considerando a necessária coerência do sistema, e a referência às excludentes no Código de Defesa do Consumidor, art. 14, §3º, mencionadas pelas autoras, afirma-se em doutrina que: “Em todas as hipóteses, observa-se que as causas de exclusão da responsabilidade representam a desconstituição do nexo de causalidade” (Miragem, 2015, p.528); e a demonstração cabal cabe ao agente que se pretende responsável.

assinalou-se que “a hipótese de demonstração da não violação à legislação (inciso II) é a que causa maior nebulosidade (...)” (Martins; Faleiros Júnior, 2020, p. 285), apontando as dificuldades quanto aos parâmetros para essa verificação.

Acerca do tema, ao analisar as excludentes de responsabilidade no tratamento de dados, e sustentando a coexistência das teorias subjetiva e objetiva de responsabilidade na LGPD afirma-se, em relação à excludente em questão, que “a exclusão da responsabilidade civil ocorrerá quando o tratamento observar a legislação de proteção de dados pessoais – exclusão da responsabilidade subjetiva – e quando o tratamento fornecer a segurança que dele se pode esperar – exclusão da responsabilidade objetiva” (Schreiber, 2020, p.330). Tal perspectiva evidencia que, ao determinar o regime de responsabilidade civil, o legislador da LGPD, embora possa parecer, como quer a corrente subjetiva, não afastou a responsabilidade objetiva, como também tem mostrado o debate acerca do tema.

Além disso, observa-se atenta doutrina que o artigo 43 trata de hipótese de inversão legal do ônus da prova, pois decorrente de determinação legal, portanto previamente entabulada pela lei, de modo que cabe àquele que pretende se eximir da imputação de eventual resultado danoso provar cabalmente tais circunstâncias excludentes para, então, afastar a obrigação de indenizar, e, não o fazendo, não se exonera da responsabilidade (Bessa; Nunes, 2020, p.665)¹⁴.

Por fim, no que atine à ausência de menção legislativa à responsabilidade sem culpa, sabe-se que, à luz dos valores fundamentais da ordem jurídica, cabe ao legislador ou ao próprio juiz definir sobre a incidência do regime objetivo ou subjetivo na ocasião do dano, não se podendo deduzir automaticamente que a responsabilidade na LGPD se identifica com o regime subjetivo de responsabilidade civil, mesmo diante da pouca clareza dos preceitos sobre a matéria.

Também sustentam essa posição Gustavo Tepedino, Aline Terra e Gisela Guedes (2020, p.251), contudo, em análise das excludentes de responsabilidade, acrescentam que a expressão “só não será responsável quando” do *caput* do art. 43

¹⁴ “O dispositivo replicou as hipóteses de excludentes de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço previstas no § 3º do art. 12 e § 3º do art. 14, do CDC, os quais, ao utilizarem a redação ‘só não será responsabilizado quando provar’, atribuem encargo probatório ao fornecedor para excluir sua responsabilidade (excludentes). É consolidado o entendimento de que trata de inversão *ope legis* do ônus da prova” (Bessa; Nunes, 2020, p.665).

sugere um sistema de culpa presumida na LGPD. Os autores até citam os artigos do Código Civil Italiano e português sobre atividade perigosa, os quais teriam inspirado a cláusula geral de risco da atividade brasileira, e apontam que a redação leva a uma inversão de culpa. Inobstante, e sem negar o sistema dualista da responsabilidade, parecem relevar a consideração de que o sistema brasileiro é cada vez mais objetivo, influenciado, como se sabe, pela ideia de solidariedade social, justiça distributiva e social.

Em complemento, os autores argumentam que, se a LGPD tivesse adotado a responsabilidade civil objetiva, seria inócua a remissão, no artigo 45¹⁵, de que as hipóteses de violação aos direitos dos titulares de dados no âmbito das relações de consumo ficam sujeitas às regras de responsabilidade civil postas às relações de consumo¹⁶⁻¹⁷. Registra-se que um dos fundamentos da LGPD é a proteção do consumidor, sendo evidente, de fato, que o tratamento de dados pessoais envolve em sua maioria relações de consumo.

Atentando-se para isso, a LGPD cuidou de indicar no aludido dispositivo que a responsabilidade dos agentes de tratamento de dados, em se tratando de relação de consumo, permanece sujeita a normas pertinentes, assim respondendo independentemente de culpa, como de resto à disciplina sobre bancos de dados de proteção ao crédito, entendida como marco normativo a consolidar o direito do consumidor sobre seus dados pessoais. Dessa forma, integra a estrutura normativa

¹⁵ LGPD, Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.

¹⁶ “Uma leitura desavisada do dispositivo e contrária à unidade do ordenamento poderia levar à conclusão incorreta de que a LGPD não se aplica às relações de consumo, sendo acertado concluir que o art. 45 quer, em verdade, apontar para que o regime de responsabilidade civil do controlador ou operador de dados pessoais no âmbito das relações de consumo será objetivo quando violada qualquer disposição da própria LGPD ou de quaisquer garantias de proteção de dados pessoais nas relações de consumo contidas nos arts. 43 a 44 do CDC. Em outras palavras, estando o intérprete diante da violação dos princípios e garantias do titular de dados pessoais no âmbito de relações de consumo, aplicar-se-á o regime de responsabilidade civil objetiva contida no art. 14 do CDC, com fulcro no art. 45 da LGPD e, no que diz respeito ao rol de garantias e direitos do titular de dados pessoais e dos deveres dos tratadores e coletores de dados pessoais, aplica-se a LGPD em sua inteireza” (Moraes; Queiroz, p. 131).

¹⁷ Em complemento ao argumento da nota anterior, conforme Perlingieri, *Stagioni del diritto civile*, 2021, p. 139 apud Tepedino, 2021, p.12: o consumidor “é antes de tudo pessoa e, portanto, a sua tutela não é exaurida no direito do consumidor, mas impõe a adoção de todos os instrumentos normativos úteis a garantir a sua dignidade e, portanto, os seus direitos invioláveis. Esclarecimento este que se deve ter bem presente, especialmente em um momento como o atual, em que se assiste à fragmentação do direito civil em uma série de setores especializados, com o risco de perder a unidade do sistema jurídico e a hierarquia dos valores que o caracterizam”

de proteção dados¹⁸. No mais, pode-se vislumbrar no preceito do artigo 45 um reforço à proteção de dados no âmbito das relações de consumo, quando o titular dos dados também for qualificado como consumidor¹⁹.

Especificamente a esse argumento dos autores importa destacar entendimento no sentido de que a alusão ao Código de Defesa do consumidor no referido dispositivo “já abriria as portas da matéria para a responsabilidade sem culpa” (Schreiber, 2020, p.328)²⁰, na qual não se exige a demonstração de culpa dos agentes de tratamento de dados, imputando-se objetivamente a responsabilidade pelo resultado danoso.

Com argumentos a favor de uma responsabilidade civil subjetiva presumida na LGPD, Bruno (2020, p.2) ponderam que, a despeito da adoção de um regime subjetivo de responsabilidade, parece ter ficado mais fácil a configuração da responsabilidade. A possibilidade de inversão do ônus da prova em relação aos demais elementos da responsabilidade civil e a imposição de deveres que exige um alto nível de diligência dos agentes notadamente quanto às técnicas de tratamento utilizadas dificultarão para o agente de tratamento de dados afastar sua culpa e eximir-se, em consequência, da obrigação de indenizar eventual resultado danoso.

¹⁸ Mendes e Doneda (2018, p.23) afirmam que: “(...) a LGPD é um mecanismo importante para proteger a liberdade e a privacidade dos consumidores, de modo que o próprio Legislador promoveu o diálogo entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor, ao prever expressamente como fundamento da proteção de dados a defesa do consumidor, no seu art. 2º, VI; ao estabelecer a possibilidade de que os direitos dos titulares de dados, quando também consumidores, possam ser exercidos igualmente perante organismos de defesa do consumidor, em seu art. 18, § 8º; e ao determinar, no art. 45, que as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente. Finalmente, a complementaridade entre ambas as leis é consolidada no art. 64, que estabelece que os direitos e princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Como se nota, tal dispositivo visa consolidar na disciplina da proteção de dados a aplicação harmônica e coordenada de normas de um sistema jurídico (...)”.

¹⁹ Nesse sentido, “sempre que houver tratamento irregular de dados de consumidores, a responsabilidade civil deve se dar nos moldes estipulados pelo Código de Defesa do Consumidor. Nessas situações, as regras – materiais e processuais – se estenderão ao consumidor titular dos dados pessoais” (Bessa; Nunes, 2020, p. 670). Os autores apontam como exemplo a vedação à denúncia à lide prevista no artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor, e o ajuizamento da ação no domicílio do autor (art. 101, I).

²⁰ Nas palavras do autor: “A instituição de uma hipótese de responsabilidade civil objetiva no âmbito da LGPD não deve causar espanto. De resto, a própria LGPD, ao reconhecer a aplicabilidade do CDC ao tratamento de dados pessoais nas relações de consumo, já abriria as portas da matéria para a responsabilidade sem culpa” (p.328). Como se verá adiante, Schreiber sustenta que convivem na LGPD a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

Argumentam Bioni e Dias que não há que se discutir acerca de responsabilidade subjetiva ou objetiva na LGPD, porque a escolha legislativa exige avaliação em torno da culpa do sujeito responsável pelo tratamento de dados. Contudo, os autores reconhecem que a lei “ao mesmo tempo, prescreve uma série de elementos com alto potencial de erosão dos filtros para que os agentes de tratamento de dados sejam responsabilizados. O resultado parece ir no sentido de um regime de responsabilidade civil subjetiva com alto grau de objetividade” (p.2, *sic*).

Assim, os autores sustentam a retirada deliberada de qualquer menção à responsabilidade objetiva durante o processo legislativo de formação da LGPD e apontam outros elementos normativos que, para eles, afastam a aplicação do regime de responsabilidade objetiva ou reforçam a um regime de responsabilidade civil subjetiva, como a excludente de responsabilidade constante no inciso II do artigo 43 da lei²¹; a responsabilidade por “violação à segurança dos dados” prevista no parágrafo único do artigo 44²², que remete às medidas de segurança aptas a proteger os dados pessoais enunciadas no artigo 46²³; o princípio da prestação de contas a indicar um juízo de valor em torno da conduta do agente de tratamento, incentivo às boas práticas e governança; e o relatório de impacto à proteção de dados pessoais nos casos de tratamento de alto risco a evidenciar que a lei considera que nem toda atividade de tratamento apresenta risco “exacerbado” (Bioni, Dias, 2020).

De um certo modo, com razão, a par da responsabilização ampla posta à disciplina de proteção de dados com a imposição de inúmeras obrigações a cargo

²¹ Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: (...) II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados (...).

²² Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo pelo qual é realizado; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

²³ Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. § 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no *caput* deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no *caput* do art.6º desta Lei.

dos agentes de tratamento de dados, parece que ficará mais fácil a identificação do evento configurador da obrigação de indenizar. Contudo, se se entender que a escolha foi do regime de responsabilidade subjetiva pelo legislador, é preciso ter em mente que a discussão permanece no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, que exige investigação em torno da culpa dos agentes de tratamentos de dados pessoais.

É que, sem negar o modelo dualista de responsabilidade, um regime de responsabilidade civil subjetivo parece não se coadunar com as demandas concretas da pessoa em matéria de proteção de dados pessoais e a tendência de objetivação da responsabilidade ante ao exercício de determinadas atividades, pois, de fato, “o que se faz é subverter a antiga coerência do sistema, superando, em cada vez mais numerosos casos, a antiga finalidade de identificação do culpado” (Moraes, 2010, p.401), e atenção para interesses da vítima e seu direito de ser ressarcida. Uma responsabilização que deve ter em vista não uma conduta negligente, mas que considera o resultado, ou seja, o dano e, nesta medida, a sua socialização²⁴. Sob tal perspectiva, volta-se para a pessoa da vítima, e de acordo com a solidariedade social, ditos danos injustos não devem ser exclusivamente suportados pela parte lesada.

De igual modo, cumpre indagar como afastar a responsabilidade objetiva diante do relatório de impacto de proteção de dados pessoais²⁵, que visa a identificação, mitigação e prevenção de riscos e altos riscos de danos aos titulares de dados pessoais e terceiros que eventualmente possam ser afetados em decorrência de tratamento de dados pessoais²⁶.

²⁴ “Quem cria os riscos deve responder pelos eventuais danos aos usuários aos consumidores” (Gonçalves, 2012, p.30) ou aos titulares dos dados. Propõe-se em doutrina que aquele que gera com sua atividade a oportunidade e mera ocasião de dano, portanto não havendo reciprocidade de risco, atribuindo-se a responsabilidade independentemente de culpa, ou da maior ou menor diligência do agente (Moraes, 2010).

²⁵ De acordo com as competências estabelecidas pelo art. 55-J, inciso XIII, cabe à ANPD “editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei (...)”.

²⁶ A minuta de resolução da ANPD para a aplicação da LPD para os agentes de tratamento de pequeno porte, enuncia, de forma ampla, mas não taxativa, no art. 3º, hipóteses de tratamento de dados consideradas de alto risco: “Art. 3º (...) § 1º Para fins desta resolução, será considerado tratamento de alto risco para os titulares, entre outras hipóteses, o tratamento que envolva: I - dados sensíveis ou dados de grupos vulneráveis, incluindo crianças e adolescentes e idosos; II – vigilância ou controle de zonas acessíveis ao público; III – uso de tecnologias emergentes, que possam ocasionar danos materiais ou morais aos titulares, tais como discriminação, violação do direito à

Assim, mencionado inúmeras vezes na LGPD, o referido relatório é um importante instrumento de tutela dos direitos e liberdades dos titulares de dados, voltado precisamente a prevenir danos e orientado pelo princípio da responsabilização e prestação de contas. Sobre o papel fundamental dos princípios na proteção de dados, Rodotà (2008, p.20) já apontava “a necessidade de introduzir procedimentos de ‘avaliação de impacto sobre a privacidade’ semelhantes àqueles já estabelecidos para avaliar impacto ambiental. A poluição das liberdades civis não é menos importante que a poluição do meio ambiente”.

Em cotejo com o Código de Defesa do Consumidor, Bioni e Dias (2020), extraem do artigo 44 da LGPD hipóteses de responsabilização pelo tratamento irregular por violação à legislação de proteção de dados pessoais e por violação da segurança dos dados²⁷, especialmente em relação à segurança legitimamente esperada daqueles que exercem a atividade e as técnicas disponíveis. Contudo, cabe observar eventual descumprimento ao atendimento do dever imposto no comando aos agentes de tratamento, o que se faz objetivamente, endereça a normativa consumerista, na qual a responsabilidade é objetiva, independentemente de culpa.

Nesse sentido, por fim, atenta doutrina, diante do debate acerca do tema, à vista de uma interpretação em consonância com a tutela da dignidade da pessoa, pondera que, “em havendo colisão de um ou mais critérios, deverá prevalecer aquele que efetivamente assegurar a máxima tutela da pessoa humana em razão da cláusula geral contida no artigo 1º, III, da Constituição Federal” (Moraes; Queiroz, 2019, p.128-129).

Contudo, e mais precisamente, como visto anteriormente, não da exclusão de critérios, mas o diálogo das fontes em busca da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento concebido como sistema (Marques, 2006, p.27), impondo-se a necessidade de realizar interpretação sistemática, com vistas a integrar os diplomas legais nas relações que visam ao tratamento de dados pessoais

imagem e à reputação, fraudes financeiras e roubo de identidade; ou IV – tratamento automatizado de dados pessoais que afetem os interesses dos titulares, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade”.

²⁷ Dado o escopo de tutela da disciplina jurídica da proteção de dados pessoais segundo observa atenta doutrina: “(...) deve necessariamente deslocar a discussão de uma abordagem mais técnica, centrada na ideia de segurança da informação, para uma abordagem jurídica, no campo dos direitos fundamentais, assumindo a segurança da informação um caráter acessório ou instrumental” (Wimmer, 2020, p.128).

(Menke; Goulart, 2020, p.343). Por seu turno, de outro lado, estão os defensores da responsabilidade civil objetiva na proteção de dados pessoais, como a seguir este estudo passa a abordar.

4.2.

Argumentos a favor da responsabilidade civil objetiva: por que não responsabilidade civil objetiva na proteção de dados?

Aqui também há vários argumentos consistentes, a evidenciar abordagem coerente com o escopo de tutela dos direitos fundamentais em matéria de privacidade e proteção de dados pessoais essencial para aprofundar a autodeterminação informativa dos titulares quanto aos seus dados pessoais.

Sobre formas de tutela de dados pessoais e sua eficácia, uma vez reconhecido como um direito fundamental, especializada doutrina já apontava essencial integrar a responsabilidade civil na proteção de dados, especialmente se acompanhada de uma definição de hipóteses de responsabilidade objetiva. Desse modo, uma disciplina de responsabilidade objetiva específica no setor de tratamento de dados pessoais serviria como importante instrumento para melhor proteger os interesses lesados e fomentar uma cultura de respeito no tratamento desses dados (Doneda, 2006, p.365²⁸).

No mesmo sentido, afirmava Mendes (2014, p.160, grifo no original) que, “para a reparação dos danos morais e materiais advindos da violação do direito fundamental à proteção de dados, faz-se necessária a constituição de um *sistema de responsabilidade objetiva e solidária*”.

Contudo, diante da disciplina posta à responsabilidade civil na LGPD, ainda há quem afirme que a adoção do regime de responsabilidade civil objetiva poderia representar, de certo modo, um entrave sobre o avanço da tecnologia, do desenvolvimento de modo amplo e até um aumento do número de demandas de responsabilização (Moraes; Queiroz, 2019, p.128)²⁹. Em complemento, com razão,

²⁸ Acerca disso, o autor ainda destacou: “vide que a imensa dificuldade na demonstração do dano é um dos maiores problemas enfrentados na consolidação da tutela da proteção dos dados” (p.365).

²⁹ Sobre a questão de aplicação da responsabilidade objetiva na LGPD, Bianca Kremer (2020, p.312-313) enfatiza que: “(...) essa alternativa enfraquece toda a intencionalidade da Lei de Dados em construir e fomentar um sistema de gerenciamento de riscos nas empresas. Se o risco é integral, por

Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato Queiroz (2019, p. 128) observam, porém, que:

Cuida-se de falso dilema pois a história já demonstrou que a adoção dos modelos de culpa presumida ou de responsabilidade objetiva, que flexibilizaram a dificuldade da prova da culpa, não limitaram o desenvolvimento de novas tecnologias. Ao contrário: assegurou-se o pleno desenvolvimento tecnológico e industrial e os custos dos modelos de responsabilização objetivos, em especial nas relações de consumo, foram incorporados pelo mercado sem prejuízo do ressarcimento das vítimas de danos injustos, implementando-se o modelo solidarista de responsabilidade fundado na atenção e no cuidado para com o lesado. Ademais, já pontuava Rodotà, o argumento de eventual aumento dos custos de proteção dos dados pessoais para as empresas não é decisivo, vez que não se pode estimar que interesses ligados à proteção de dados pessoais dos titulares sejam de *status* inferior aos interesses empresariais.

Tendo em vista a consideração da proteção de dados pessoais como direito fundamental, a favor da responsabilidade objetiva, argumenta-se que “o tratamento de dados pessoais, em particular por processos automatizados, é, no entanto, uma atividade de risco” (Doneda, 2011, p.92³⁰); risco que se concretiza de diversas maneiras, sobretudo tendo em conta que dados pessoais são projeções de aspectos da personalidade da pessoa, emergindo daí potencial violação de seus direitos fundamentais.

É nesse sentido, de acordo com Laura Mendes e Danilo Doneda (2018, p.477):

(...) o aceno que faz [a lei] em diversas oportunidades à necessidade de se levar em conta o risco presente no tratamento de dados, [indica] que a Lei procura

que gestores submetidos às sanções legais em caso de descumprimento iriam investir tanto em tempo e dinheiro em técnicas de Governança, proteção e preservação dos dados pessoais? Trata-se de uma medida de alto custo não apenas financeiro, mas também de tempo e dedicação dos elementos humanos envolvidos no processo. (...) Considerando que a LGPD se mostra silente em relação à atribuição de responsabilidade objetiva ou subjetiva aos agentes de tratamento, em caso de aplicação de sanções por descumprimento, a autora se posiciona no sentido de que a teoria da responsabilidade subjetiva dos agentes se mostra em consonância com a lógica de construção de um sistema de rigoroso controle sobre os dados armazenados com finalidade econômica”. Mais à frente, porém, a autora pondera: “É importante lembrar que os agentes de tratamento podem ser pessoas físicas ou jurídicas de direito privado ou público. Nesse sentido, quando a operação de tratamento for realizada por órgão da administração pública, direta ou indireta, as responsabilidades são de certo modo diferenciadas” (p.314). E conclui: “A responsabilidade civil da administração pública, à luz dessa teoria [teoria do risco administrativo], portanto, se estende ao tratamento de dados pessoais e à incidência das sanções da LGPD” (p.315).

³⁰ E complementa o autor: “Risco que se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais, na eventualidade de esses dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular, em sua utilização por terceiros sem o conhecimento deste, somente para citar algumas hipóteses reais” (p.92).

minimizar as hipóteses de tratamento àquelas que sejam, em um sentido geral, úteis e necessárias, e que mesmo estas possam ser limitadas quando da verificação de risco aos direitos e liberdades do titular de dados. Trata-se, dessa forma, de uma regulação que tem como um de seus fundamentos principais a diminuição do risco, levando-se em conta que o tratamento de dados apresenta risco intrínseco aos seus titulares. Assim justifica-se o legislador optar por um regime de responsabilidade objetiva no art. 42, vinculando a obrigação de reparação do dano ao exercício de atividade de tratamento de dados pessoais.

Assim, para os autores, a responsabilidade dos agentes é considerada levando em conta que a LGPD busca prevenir e diminuir os riscos de dano no tratamento de dados pessoais e, nesta medida, limita o tratamento de dados às hipóteses legais autorizativas, devendo-se prestar atenção aos princípios da necessidade, finalidade e adequação, de modo que nenhum dado pessoal deva ser coletado senão de acordo com o estritamente necessário ao propósito específico e seja adequado, proporcional à sua finalidade³¹, e, de regra, eliminado quando do término do tratamento.

Nota-se a relevância dos princípios na consideração da responsabilidade dos agentes. Lembrando que ditos princípios localizados no artigo 6º da LGPD somam-se a outros que emergem da própria normativa da proteção de dados, e, não sem razão, conforme já salientado anteriormente, foi necessário destacar o papel da boa-fé objetiva no *caput* do referido dispositivo, pois concretiza as exigências da ética na tutela da confiança a orientar as relações que visam ao processamento de dados pessoais³² e que têm fundamento constitucional nos princípios da dignidade da pessoa humana e na solidariedade social³³.

³¹ LGPD, Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; (...).

³² “Em tema de proteção de dados pessoais, o radicamento da boa-fé como dever de conduta é de fundamental importância, principalmente ao se levar em conta o caráter massificado de diversos mecanismos de tratamento de dados e da própria opacidade intrínseca a estas operações. Portanto, relevante o posicionamento desse princípio na LGPD, a orientar de forma ampla as relações entre titulares e agentes de tratamento, seja em situações onde deveres como a transparência já estejam minimamente delineados, seja em tantas outras ocasiões nas quais for necessária a qualificação de deveres de conduta” (Mendes, Doneda, 2018, p.475)

³³ Sobre a aplicação do princípio da solidariedade social como justificador da obrigação de reparar a vítima pelo dano sofrido, Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p.260) pontua que “a solidariedade, no entanto, pode dizer-se fundamento daquelas lesões que tenham no grupo a ocasião

Tendo em vista o exposto e a ideia de que o risco atrelado ao processamento de dados pessoais pode afetar os titulares destes, aponta-se que o legislador da LGPD optou por um regime objetivo de responsabilidade civil, associando a obrigação de reparar o dano ao exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, de modo a propiciar maior proteção à parte lesada.

De igual modo, com argumentos a favor do regime objetivo de responsabilidade civil, e apontando que as regras referentes à responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais encontram-se justificadas nos princípios da segurança, da prevenção, da responsabilização e da prestação de contas, a civilista Caitlin Sampaio Mulholland (2020, p.121) é precisa ao dizer que:

(...) a Lei Geral de Proteção de Dados, em seu artigo 42, adota a teoria que impõe a obrigação de indenizar independentemente da análise da culpa dos agentes de tratamento de dados, isto é, a responsabilidade civil é objetiva. Fundamenta esta conclusão o fato de que a atividade desenvolvida pelo agente de tratamento é evidentemente uma atividade que impõe riscos aos direitos dos titulares de dados. Estes riscos, por sua vez, são intrínsecos, inerentes à própria atividade.

Nessa perspectiva, para a autora a reparação do dano pelos agentes de tratamento de dados prescinde de qualquer avaliação ou juízo em torno da culpa, considerando o risco da atividade de tratamento de dados pessoais inerente e potencialmente causador de danos a direitos fundamentais de seus titulares. Uma vez concretizados, tais danos se qualificam por serem quantitativamente elevados, porque as lesões tendem a atingir ao mesmo tempo diversas vítimas, e qualitativamente graves, por afetarem situações jurídicas personalíssimas (p.121)³⁴, a justificar a adoção de uma responsabilidade sem culpa.

de sua realização”, como os danos sofridos no âmbito familiar, entre outros (...) “e descumprimento dos deveres fundados na boa-fé objetiva”.

³⁴ Analisando o parágrafo primeiro do artigo 11, referente ao tratamento de dados sensíveis, Mulholland (2020, p.116-117) observa que a proteção alcança não apenas os titulares dos dados, mas também terceiros e a própria coletividade: “(...) quando estamos diante de um dano causado pelo tratamento de dados pessoais sensíveis, ele se revela na coletividade com maior relevância, através, por exemplo, do perfilamento de pessoas, com base em análises estatísticas em que se presume uma realidade que, eventualmente, não reflete as características de uma pessoa concretamente considerada, gerando uma discriminação abusiva. Isso não significa dizer que a pessoa, em sua subjetividade, fica afastada da possibilidade de arguir a existência de um dano concreto que a atingiu particularmente”.

Com isso sustenta a adoção da responsabilidade objetiva também na hipótese descrita no art. 44, parágrafo único³⁵, relativa ao tratamento irregular de dados, o qual remete ao art. 46 da LGPD³⁶ para a qualificação da irregularidade. O legislador criou medidas a serem seguidas pelos agentes para reforçar a segurança e evitar incidentes de segurança e danos no tratamento de dados, “como vazamentos não intencionais, invasão de sistemas e bases de dados por terceiros não autorizados, que devem ser tidos como fortuito interno” (p.122) e, portanto, incapazes de elidir a responsabilidade dos agentes de tratamento pelos danos causados aos lesados.

Nesse particular aspecto, é de se notar que o preceito legal do artigo 46 concentra-se na prevenção e, nesse sentido, na imposição aos agentes de adoção de tais medidas voltadas a prevenir problemas e danos no tratamento de dados.

Em resumo, Mulholland (2020) conclui que a responsabilidade imposta tanto no art. 42 quanto no art. 44 da LGPD é objetiva, a qual não exige culpa ou prova da culpa, afastando-se, desse modo, a necessidade de a parte lesada ter que demonstrar a culpa do sujeito responsável pelo tratamento de dados e, com base no tratamento irregular, dano e nexos causal entre o dano à vítima e o tratamento gerador do dano.

Para Bruno Miragem, a imputação da responsabilidade ao controlador e ao operador pelo tratamento indevido ou irregular de dados na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais prescinde da demonstração de dolo ou culpa, porque a responsabilidade é objetiva, e ainda solidária. Nas palavras do autor:

(...) as condições de imputação de responsabilidade do controlador e do operador pelos danos decorrentes do tratamento indevido serão: a identificação de uma violação às normas que disciplinam o tratamento de dados pessoais; e b) a existência de um dano patrimonial ou extrapatrimonial (moral) ao titular dos dados. Para a imputação de responsabilidade de ambos não se exigirá a demonstração de dolo ou culpa (é responsabilidade objetiva). Da mesma forma,

³⁵ Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo pelo qual é realizado; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança os dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

³⁶ Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

é correto compreender da exegese da lei, e em razão da própria essência das atividades desenvolvidas, que responderão solidariamente, de modo que o titular dos dados que sofrer o dano poderá demandar a qualquer um deles, operador ou controlador, individualmente ou em conjunto (Miragem, 2020, p. 89³⁷).

No que diz respeito ao danos causados ao titular de dados no âmbito das relações de consumo, observa-se a pertinência da regra insculpida no artigo 45 que conduz tais situações a normas de responsabilidade civil atinentes às relações de consumo, em verdade, guardam simetria com os preceitos da Lei Geral de Proteção de Dados, mas que apresenta efeitos práticos, como, por exemplo, a aplicação do prazo prescricional previsto no diploma consumerista para o exercício da pretensão reparatória por danos causados por fato do produto ou serviço. A essa consideração, acresce-se, como já salientado, a vedação à denúncia da lide nas demandas de consumo, entre outros efeitos práticos da sua proteção que favorecem o titular dos dados, vítima-consumidor.

Acerca disso, cumpre mencionar que, nas hipóteses de danos aos consumidores titulares de dados, tendo em vista as regras de responsabilidade por danos previstas na legislação pertinente, lembrando que as relações de consumo são disciplinadas, sem prejuízo de outras normas, especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor, essa consideração afasta os argumentos no sentido de que a remissão feita pelo legislador da LGPD poderia indicar a adoção de um regime de responsabilidade subjetiva. Ao contrário, reforça as garantias da proteção da privacidade dos dados dos titulares, e, segundo observa atenta doutrina, dá margem a uma responsabilidade independentemente de culpa na proteção de dados da pessoa humana.

Aludindo que a Lei Geral de Proteção de Dados estabelece um regime próprio de responsabilidade civil nos artigos 42 a 45, indicando serem responsáveis

³⁷ Conforme elucida o autor: “Em relação aos danos causados em relação ao tratamento indevido de dados pessoais, é necessário que se compreenda a existência de um dever de segurança imputável as agentes de tratamento (controladores e operadores de dados), que é a segurança legitimamente esperada daqueles que exercem a atividade em caráter profissional, e por esta razão presume-se que tenham a expertise suficiente para assegurar a integridade dos dados e a preservação da privacidade de seus titulares. Daí porque a responsabilidade dos agentes de tratamento decorre do tratamento indevido ou regular dos dados pessoais do qual resulte dano. /existe falha do controlador ou do operador, que caracteriza o nexo causal do dano. Contudo, não se deve perquirir se a falha se dá por dolo ou culpa, senão que apenas a constatação é suficiente para a atribuição da responsabilidade, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do titular dos dados, nas hipóteses de hipossuficiência e verossimilhança que a autorizam no âmbito das relações de consumo (art. 42, §2º, da LGPD)” (p.87).

o controlador e o operador, Cintia Lima (2020, p.291) também defende um regime objetivo de responsabilidade dos agentes de tratamento de dados, apesar de não haver previsão pelo legislador de responsabilidade objetiva ou subjetiva, e salienta:

Quanto à responsabilidade do controlador, ele responde nos termos do art. 42 da LGPD, de forma objetiva (prescindindo da análise de culpa) e solidariamente ao operador. (...) Quanto à responsabilidade, nos termos do art. 42 da LGPD, ele [operador] responde solidariamente ao controlador. Muito embora a lei não ter estabelecido se trata de responsabilidade objetiva ou subjetiva, entendemos que, pela própria estrutura de excludentes da responsabilidade civil, previstas no art. 43 da LGPD, ser responsabilidade objetiva (Lima, 2020, p. XX).

Seguindo a sistemática do Código de Defesa do Consumidor na consideração da responsabilidade dos agentes, leva-se em conta a estrutura das excludentes de responsabilidade civil específicas, a indicar que respondem objetivamente e de forma solidária o controlador e o operador. A responsabilidade pelo dano causado ao titular só será afastada se os agentes comprovarem as circunstâncias indicadas no art. 43 da LGPD, ou seja, que não realizaram o tratamento de dados que lhes é atribuído; que, embora o tenham realizado, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou, ainda, que a culpa foi exclusiva da vítima ou de terceiro quanto ao dano ocasionado³⁸. Assevera Cíntia Lima que não cabe a aplicação da culpa para a quebra do nexo causal da responsabilidade³⁹.

A autora considera a estrutura da responsabilidade civil imposta aos agentes de tratamento de dados pessoais na LGPD espelhada no Código de Defesa

³⁸ De modo semelhante, Cristiano Colombo e Eugênio Facchini Neto (2018, p.76-77) sinteticamente afirmam que: “Ainda que o artigo 42 da LGPD não especifique o fundamento da responsabilidade do controlador e do operador, se subjetiva ou objetiva, não parece haver margem para dúvidas no sentido de que se trata de responsabilidade objetiva. Ao não fazer menção à culpa, em sentido lato ou estrito, a moderna técnica legislativa está apontando para a responsabilidade objetiva. E isso fica claro a partir de uma interpretação sistemática, especialmente diante da redação do art. 43 da LGPD (...). Trata-se da mesma técnica adotada, por exemplo, pelo legislador do CDC, ao disciplinar a responsabilidade do fabricante e do fornecedor de serviços pelo fato do produto ou do serviço (artigos 12, §3º e 14, §3º), sendo inequívoco que referidos dispositivos adotam a responsabilidade objetiva”.

³⁹ Lima *et al.*, 2020, p.156) salienta: “pode se afirmar que a LGPD determina como critérios para a responsabilidade civil dos *agentes* controlador e operador (solidariamente): i) a ocorrência de dano causado por violação à legislação de proteção de dados pessoais e/ou a violação da segurança dos dados, salvo hipóteses trazidas no art. 43 da LGPD; ii) o tratamento de dados pessoais realizado pelo controlador e pelo operador; e iii) nexo causal entre o tratamento de dados pessoais realizado e o dano sofrido pelo titular dos dados. Assim sendo, na discussão do nexo causal, não há espaço para refutar a responsabilidade civil utilizando-se do instituto da culpa”.

do Consumidor, no qual a responsabilidade é objetiva e solidária, a indicar que a responsabilidade é objetiva.

De fato, faz-se importante registrar que, de qualquer modo, na maioria das hipóteses de tratamento de dados, incidirá o Código de Defesa do Consumidor, inclusive tendo em conta que a remuneração indireta também pode caracterizar relação de consumo. Assim, pode-se afirmar que raríssimas as situações de tratamento de dados cuja realização se dará fora do âmbito das relações de consumo, a responsabilidade civil é objetiva (independentemente de culpa) e solidária, e, em consequência, o titular de dados terá uma dupla proteção respaldada por instrumentos protetivos previstos na LGPD.

Ainda nessa linha, registra-se posição de Tarcísio Teixeira e Ruth Maria Guerreiro da Fonseca Amelin (2020, p.306) ao examinarem a responsabilidade e o ressarcimento de danos por violação às regras previstas na LGPD em cotejo com o Código de Defesa do Consumidor, sublinhando que, da Lei Geral de Proteção de Dados, extrai-se “que os critérios para a responsabilização do agente são: a ocorrência de dano e a violação à legislação de proteção de dados pessoais e/ou violação da segurança de dados, não se tratando aqui em culpa”⁴⁰.

Entendem os autores que, no caso de violação da segurança dos dados, tendo o agente tomado as medidas acautelatórias para evitar incidente, tal fato poderá ser levado em conta na modulação de eventual aplicação de sanção administrativa nos termos previstos na LGPD. Vale-se da noção de defeito do serviço delineado no diploma consumerista para se referir à positivação do tratamento irregular no âmbito da LGPD no artigo 44, o qual prescreve que o tratamento de dados será tido por irregular ao não se observar a lei ou por não fornecer a segurança que o titular pode esperar do tratamento, levando em conta os critérios a serem considerados para o atendimento ao dever de segurança.

⁴⁰ Conforme os autores: “um diferencial substancial quanto à responsabilização do agente de tratamento de dados se encontra em um dos princípios que norteiam a lei, o chamado princípio da *Accountability* ou Responsabilização e Prestação de Contas, em que não basta o agente ter cumprido todas as regras e determinações legais, é preciso que ele a todo tempo registre que cumpriu a lei, utilizando-se das mais diversas formas para que consiga comprovar o atendimento aos preceitos da lei caso algum incidente ocorra. Cabe mencionar a obrigatoriedade de prestação de contas por parte do agente até mesmo quando não houver qualquer descumprimento ou irregularidade” (2020, p.304).

Com efeito, para tais circunstâncias, devem-se atentar os agentes de tratamento para atualizações constantes, aspecto essencial para garantir a segurança dos dados pessoais, ante o surgimento de novos riscos e ameaças de violações aos mecanismos de proteção de dados, que decorrem do risco da atividade de processamento de dados pessoais.

Por outro lado, há quem entenda (Dresch, 2021, p.233-234) que a LGPD adotou uma responsabilidade civil objetiva especial, que considera a responsabilidade do agente de tratamento de dados apenas diante de tratamento ilícito, específico ou geral com base na falta de segurança, ao qual se somam os demais elementos que fazem surgir a obrigação de indenizar, dano e nexo causal. Faz-se necessário demonstrar o tratamento irregular (defeituoso) de dados, nas condições apontadas nos artigos 42 e 44 da LGPD.

Nesse sentido, uma responsabilidade que leva em conta a garantia da segurança no tratamento de dados pessoais, sem cogitar culpa, porque tem em vista um ilícito objetivo, e nem na noção de risco da atividade. No que toca ao risco da atividade, aponta-se que responsabilizar indiscriminadamente todos os agentes só pelo risco da atividade poderia desestimular a adoção de medidas efetivas e, em consequência, afetar o nível de proteção dos dados⁴¹, sugerindo verificar, com base em parâmetros técnicos objetivos, a falta do agente em relação aos deveres, especialmente de segurança⁴².

⁴¹ Nas palavras do autor: O critério de imputação pelo risco (seja risco proveito, da atividade ou integral), em especial, trata indistintamente “bons e maus” agentes – e, nesse caso, pela ausência de distinção, acaba por não incentivar comportamentos cooperativos de proteção de dados da pessoa humana e incentivar comportamentos estratégicos omissivos em relação à segurança” (p.238).

⁴² Sobre as correntes objetivistas do fundamento da responsabilidade civil objetiva, elucida Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p.398-399): “As correntes objetivistas, ao contrário, excluem da fundamentação a vinculação à culpa em prol de fundamentos outros, tais como a configuração de uma obrigação geral de segurança, a recondução a fatores de garantia, a situação de exposição a perigo, o controle ou o poder de impedir uma situação de risco propriamente dita, a equidade e até mesmo a caridade cristã. (...) Com frequência, porém, mesmo os autores que buscam distanciar-se de qualquer ideia de culpa, e portanto ocupariam posição entre os objetivistas, não raramente sucumbem a ela ao pavimentar as suas teorias. Isto ocorre por duas razões: a primeira refere-se ao fato de não assumirem inteiramente que a responsabilidade objetiva é uma responsabilidade por ato ilícito, havendo ainda fortíssimas resistências à ideia de que possa haver responsabilidade sem qualquer antijuridicidade. A segunda, corolário da primeira, é a ideia de que a responsabilidade objetiva é vista como sendo o efeito de alguma forma de violação de deveres ou de conduta anti-social. Portanto, aqueles que sustentam que a responsabilidade objetiva nada mais é do que a consequência de atos ilícitos, como a violação de um dever de segurança, tratam o risco, na verdade, nos mesmos moldes da culpa. A segurança violada põe-se, no terreno da responsabilidade objetiva, na mesma posição da culpa no âmbito da responsabilidade subjetiva”.

A esse aspecto, apenas cabe lembrar que, na busca de melhor proteger a vítima, o sistema da responsabilidade objetiva justamente força o agente a internalizar o custo de sua atividade, pois, independentemente do grau de diligência, deverá arcar com os danos por ela ocasionados, como, por exemplo, as relações de consumo, decorrência inevitável dos riscos da própria circulação de dados na sociedade. E a imposição de adoção de medidas efetivas à proteção de dados visa justamente desenvolver uma cultura de respeito no tratamento de dados, o qual deve favorecer a primazia da pessoa e com efeito maior para a sociedade como um todo.⁴³ A garantia da livre iniciativa e o desenvolvimento das atividades empresariais não são o valor mais forte e devem atuar com atenção aos direitos fundamentais, sobretudo do direito fundamental à proteção de dados e o respeito à dignidade.

Ainda a favor de uma responsabilidade objetiva, Martins e Faleiros Júnior (2020, p. 291) salientam que as regras de responsabilização devem-se voltar para “o estímulo à prevenção de riscos, à eliminação ou mitigação de danos e à propagação de uma cultura de boas práticas e de conformidade”. Com isso, concluem que a responsabilidade civil posta à proteção de dados na LGPD é de natureza objetiva, tendo “o risco como núcleo essencial para a delimitação de critérios próprios de imputação advindos da violação dos deveres estabelecidos pela legislação protetiva, e que podem sofrer, ainda, a incidência dos efeitos da existência de eventuais políticas de governança e programas de integridade” (p.293).

Contudo, há ainda quem se posiciona em defesa da coexistência da responsabilidade civil subjetiva e objetiva na LGPD. Destaca-se, assim, a posição de Anderson Schreiber, que constata que, nada obstante, privilegiar a prevenção de danos à pessoa por meio de diversos instrumentos e do estabelecimento de obrigações para os agentes, à consideração da efetividade da lei, dependerá da sistemática própria de medidas reparatórias, em caso de dano aos interessados. Nesse ponto, a disciplina “suscita diversas questões que merecem redobrada atenção do intérprete” (Schreiber, 2020, p.321).

⁴³ Enfatiza Laura Mendes (2014, p. 159): “O abuso da empresa em relação à utilização dos dados pessoais do consumidor ou a omissão em instituir sistemas de proteção de privacidade (princípio do risco da atividade) caracteriza danos morais e enseja o dever de indenizar”.

Para o autor, a definição de responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais toma em conta a atividade lesiva, no sentido de demarcar o campo de incidência da LGPD, que abarca todo o dano causado que seja resultado do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais realizado sem observância das determinações legais, em uma perspectiva não mais apenas estritamente individual, pois as consequências danosas em grande medida repercutirão na própria coletividade. Além disso e da forma abrangente com que a LGPD se refere a tratamento, revela-se a importância da implementação da lei à qual se endereçam em sua maioria os problemas envolvendo processamento de dados pessoais.

No exame da matéria, Schreiber (2020) pontua que a não referência expressa à culpa poderia sugerir um regime de responsabilidade civil objetiva, contudo também não consta em sua literalidade a expressão “independentemente de culpa”, na esteira das previsões do artigo 931 e do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, como também do *caput* dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, dita omissão somada à expressão “em violação à legislação de proteção de dados pessoais”, constante na parte final do artigo 42 da LGPD, o que prepondera em favor da responsabilidade subjetiva.

Vislumbra-se no artigo 44 da LGPD, que positiva em seu *caput* a noção de “tratamento irregular”, simetria com o disposto no Código de Defesa do Consumidor acerca da matéria atinente ao defeito dos serviços, não sendo demais falar, no âmbito da LGPD em “tratamento defeituoso” dos dados pessoais⁴⁴. Entende-se que a noção de tratamento irregular compreende, por sua vez, quer seja o tratamento de dados sem observância da lei, quer seja o tratamento de dados pessoais que não fornecer a segurança esperada pelo titular, consideradas as circunstâncias relevantes, como as enunciadas nos incisos do referido artigo.

Nessa linha, ponderando que, para o endereçamento da questão, deve-se atentar para uma interpretação que toma em conta elementos teleológicos e sistemáticos, Schreiber (2020, p.330) ainda ressalta a necessidade de leitura

⁴⁴ Nas palavras do autor: “Neste ponto, é impossível deixar de notar que o art. 44 da LGPD exprime uma versão adaptada da noção de *defeito do serviço*, constante do art.14, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. Não seria absurdo cogitar aqui um “tratamento irregular dos dados pessoais, muito embora a LGPD não empregue explicitamente a noção de “defeito” – como talvez deveria ter feito, em benefício de alguma coerência sistêmica, sem prejuízo da circunstância evidente de que a proteção de dados pessoais não se restringe às relações de consumo” (p.326).

conjunta dos artigos 42 e 44 e salienta que “a referência à violação à legislação de proteção de dados, constante do artigo 42 da LGPD, corresponde ao tratamento irregular disciplinado no art. 44, que equivale a hipótese de responsabilidade subjetiva”. Para o autor, o parágrafo único desse mesmo artigo indica a instituição de mais uma hipótese de responsabilidade civil subjetiva, porque baseada na ausência de adoção das medidas instituídas no artigo 46 da lei. Portanto, resultante de violação a dever jurídico em particular, de modo que essa previsão específica não afasta outros casos de responsabilidade civil subjetiva por infração a dever legal previsto para os agentes no tratamento de dados.

Mas Schreiber (2020) adverte que a simples adoção das medidas constantes do parágrafo único do artigo 44, por si só, não exonera de responsabilidade do controlador e do operador, sob pena de se reduzir em um mero dever procedimental o problema da responsabilidade civil por danos no tratamento de dados⁴⁵.

Em complemento, indica casos de responsabilidade civil objetiva quando o tratamento de dados pessoais não fornecer ao titular a segurança que dele se pode esperar, observadas as circunstâncias apontadas no artigo 44 da LGPD – o modo pelo qual o tratamento é realizado, o resultado e os riscos que normalmente dele se esperam, as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi levado a cabo. Schreiber (2020) salienta:

Com efeito, subsistem, ao lado da hipótese específica contemplada no parágrafo único do art. 44, (a) as demais hipóteses de tratamento irregular de dados pessoais por inobservância da legislação (responsabilidade civil subjetiva, decorrente da violação de um dever jurídico), e (b) a hipótese de tratamento irregular de dados pessoais por fornecimento de segurança inferior àquela que o titular dos dados pessoais pode esperar, consideradas as circunstâncias elencadas nos incisos do art. 44 da LGPD. Esta última hipótese, estruturada à imagem e semelhança da responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou serviços, consiste, a toda evidência, em hipótese de responsabilidade civil objetiva, fundada sobre o risco, como deixa claro a própria dicção do art. 44, II, da LGPD (Schreiber, 2020, p.327).

Além disso, considera que

⁴⁵ Afirma Schreiber (2020, p.327): “Do parágrafo único do art. 44 não se pode extrair, contudo, que a mera adoção dessas medidas exime de responsabilidade o controlador ou o operador de dados pessoais, encerrando em um dever procedimental todo o problema complexo e sofisticado da responsabilidade civil por danos decorrentes do tratamento de dados pessoais alheios”.

A própria cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, também poderia ser aplicada, em tese, ao tratamento de dados pessoais, como atividade que, na realidade atual, caracterizada pela hiperconectividade e pela demanda insaciável por exposição, suscita risco excessivo” (Schreiber, 2020, p.328)⁴⁶.

Com isso, o autor conclui que, na esteira do que ocorre no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, os regimes de responsabilidade civil subjetiva e objetiva, independente de culpa, convivem na Lei Geral de Proteção de Dados⁴⁷.

Por fim, sustentando que na LGPD a regra é a responsabilidade civil subjetiva, mas, admitindo-se, em casos específicos, a aplicação da responsabilidade civil objetiva, de acordo com a natureza da atividade de tratamento de dados pessoais, que possa ser enquadrada como atividade de risco, aponta Marcos Gomes da Silva Bruno (2019, p.322-331) os preceitos legais atinentes à responsabilidade e ao ressarcimento de danos. Em sua análise, ao autor se refere ao papel primordial da responsabilidade civil, além das regras de ordenação das atividades de tratamento de dados, tendo em vista a necessidade de se garantir o equilíbrio em matéria de dados pessoais diante da evidente assimetria nessas relações, e pontua:

A título exemplificativo, uma rápida busca por um tema específico na Internet poderá rapidamente retornar uma enorme base de dados. Mais do que isso, essa pesquisa, ou o acesso a um site, poderá iniciar ou alimentar um infundável perfil sobre as preferências e interesses daquele usuário da rede, alimentando algoritmos e outras tecnologias preditivas a respeito do comportamento do

⁴⁶ Analisando os elementos da responsabilidade civil na inteligência artificial, Tepedino e Silva (2020, p.321) ponderam que: “O que não parece razoável, ao revés, é a invocação indiscriminada e irrefletida da noção de atividade de risco. Deve-se, com efeito, lançar mão dos critérios desenvolvidos pela doutrina para a elucidação do que vem a ser atividade de risco para fins de incidência da cláusula geral de responsabilidade objetiva”.

⁴⁷ E exemplifica: “cogite-se, a título meramente exemplificativo, do tratamento de dados por sociedade empresária gestora de redes sociais que o usuário declara pretender manter sigilo, que resulte no vazamento ao público de informações que o usuário declara pretender manter em sigilo, como sua orientação sexual ou imagens de sua infância. Ao usuário abre-se uma tríplice opção: (a) acionar a referida sociedade empresária pela ausência da adoção de medidas protetivas com base no art. 44, parágrafo único, da LGPD; (b) acionar a referida sociedade com base no descumprimento de algum outro dever jurídico imposto pela LGPD; e (c) acionar a referida sociedade por um tratamento de dados pessoais que não oferece a segurança que pode ser esperada pelo titular dos referidos dados. Nesse último caso, será necessário perquirir, à luz das circunstâncias elencadas no art. 44 (modo como se deu o tratamento de dados pessoais; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; e as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado; entre outras circunstâncias), se o tratamento reservado aos dados em questão pode ser considerado efetivamente irregular, ensejando, em tal situação, a responsabilidade do agente pelos danos causados” (Schreiber, 2020, p.328).

usuário, com massivo tratamento de dados pessoais envolvido (Bruno, 2019, p.323).

Como se percebe, quando a atividade de tratamento de dados importar danos aos lesados, também se afiguram essenciais medidas de remediação dos efeitos nocivos das atividades englobando dados, sobretudo que envolva a coleta e o processamento de dados pessoais sensíveis e se pode falar em dano presumido. No exame da matéria, Bruno (2019) também identifica no artigo 44 da LGPD a posituação do que seria o tratamento irregular consistente, então, na inobservância da legislação, ou ausência de segurança, consideradas entre outras as circunstâncias previstas neste artigo.

Em que pese tal posição de não afastar de todo a responsabilidade civil objetiva, uma vez que se admite sua aplicação em hipóteses específicas, quando o tratamento de dados for considerado atividade de risco, advoga-se a existência no direito brasileiro de uma regra geral de responsabilidade civil, baseada na culpa, e uma exceção, a responsabilidade objetiva, a despeito de há muito não caber essa relação entre regra e exceção⁴⁸.

Diante desse cenário, e considerando as teses apresentadas, fica a preocupação em relação à superação desse quadro normativo articulado pelo legislador da LGPD no que tange à identificação da espécie normativa de responsabilidade. De qualquer forma, em que pese uma abordagem tão diferenciada acerca dos fundamentos da responsabilidade, ainda não é possível dizer se preponderará na consideração da responsabilidade civil, à luz da disciplina de tutela dos dados pessoais, uma responsabilidade independentemente de culpa, ou, com culpa, ou ainda ambos os modelos, por danos causados aos titulares de dados.

A despeito disso, o debate acerca da responsabilidade civil na proteção de dados ainda aponta a presença na Lei Geral de Proteção de Dados de um novo regime de responsabilidade civil “dito proativo”, que se revela na exigência de uma

⁴⁸ A despeito dos registros já feitos nesta dissertação sobre a existência de um sistema misto ou dualista de responsabilidade civil no ordenamento pátrio, não é demais referir a observação de Schreiber (2006, p. 22-23) sobre a cláusula geral de responsabilidade pelo risco da atividade: “Ao exigir a participação da discricionariedade jurisprudencial na ampla tarefa de definir as atividades sujeitas à sua incidência, a aludida norma retirou, a um só tempo, a condição excepcional e o caráter *ex lege*, ainda até então atribuídos à responsabilidade objetiva na cultura jurídica nacional”.

atuação proativa dos agentes de tratamento de dados endereçada a realizar concretamente a prevenção intrínseca à realidade da tutela dos dados e reconhecida na estrutura normativa desse marco legal. Visa evitar ocorrência de danos no tratamento de dados, figurando-se nesse contexto o ressarcimento desses danos eventualmente causados, por sua vez, uma das possíveis consequências.

Com isso, merece particular atenção essa abordagem, da qual se ocupa este estudo, na seção a seguir, última parte desde capítulo.

4.3.

Argumentos a favor da responsabilização “proativa”: por que não responsabilização “proativa” na proteção de dados?

Parte da doutrina ainda vê a responsabilidade civil como instituto jurídico voltado fundamentalmente à reparação de danos causados⁴⁹, sendo esta, por sua vez, marcadamente sua função, vista no que a singulariza como instrumento da compensação de danos⁵⁰. Conforme já visto anteriormente, com os desenvolvimentos da responsabilidade civil, sob influxos dos princípios e valores constitucionais, o direito volta-se à preocupação para a proteção da vítima e, por sua vez, com os danos sofridos e não com os danos causados (Gonçalves, 2012, p.31), de modo a considerar as consequências danosas e a oferecer instrumentos adequados de tutela. Nesse sentido, Schreiber (2007, p.215) pontua:

A revisão crítica da estrutura e da função da responsabilidade civil, provocada pela expansão do dano ressarcível e pelos outros fenômenos já aludidos, não trouxe para a ordem do dia apenas questionamentos acerca da melhor forma de

⁴⁹“A ideia de reparação, que domina o direito da responsabilidade civil, orienta-se pelo que ocorreu no passado; é um remédio ao prejuízo já realizado” (Lôbo, 201 p. 16).

⁵⁰ Segundo afirma Judith Martins-Costa (2020, p. 393-394): “Parece ainda consensual afirmar ser função primordial da disciplina da responsabilidade civil – aquela que identifica a sua singularidade como instituto jurídico – a de determinar, por meio de pressupostos de configuração e critérios racionalmente apreensíveis, quais são os eventos danosos que devem ser transferidos da vítima para o autor, e quem por eles deve responder. Assim, e sem negar que o instituto possa ser matizado por outras funções, em caráter pontual ou residual e que, ao longo dos tempos, venha sofrendo transformações-, cabe precisar pela negativa, o que *não é função* da responsabilidade civil, sob pena de verificar-se a já aludida sobreposição funcional. Não compete a este instituto desempenhar *função* assecuratória (exercida pelos contratos de seguro e pelas demais obrigações de garantia); nem *distributiva* (desempenhada, por exemplo, por institutos fiscais); nem mesmo *punitiva* (alocada primordialmente ao Direito Penal e ao Direito Administrativo sancionador, muito embora, na responsabilidade por dano moral, a jurisprudência e parte da doutrina advogam essa função).

reparar os danos, mas também o dilema se repará-los é efetivamente a melhor solução⁵¹.

A responsabilidade civil continua, por assim dizer, primordialmente voltada para o dano, mas, no sentido de prevenir a sua ocorrência e para o gerenciamento dos riscos de produção de eventual resultado danoso, mediante a realização de medidas preventivas, sobretudo diante de potencialidade lesiva à personalidade humana. Com isso, sem negar a exigência da responsabilização do agente em caso de dano, impõe-se agir antecipadamente a fim de impedir que danos sejam causados, de modo que a prevenção seja considerada dimensão da responsabilidade civil contemporânea⁵², como exigência cada vez maior do dever de solidariedade.

Sobre a preocupação de se garantir à pessoa o “direito de não mais ser vítima de danos”, Hironaka (2008, p.799) elucida:

O momento atual desta trilha evolutiva, isto é, a realidade dos dias contemporâneos, detecta uma preocupação – que cada vez mais ganha destaque – no sentido de ser garantido o direito de alguém de *não mais ser vítima de danos*. Este caráter de *prevenção de ocorrência de danos* busca seu espaço no sistema de responsabilidade civil, em paralelo ao espaço sempre ocupado pela *reparação dos danos já causados*⁵³.

⁵¹ E complementa: “não se trata de tomar em consideração propostas que, fundadas exclusivamente em critérios de eficiência econômica, seduziam, até pouco tempo, parte da comunidade jurídica internacional com a simplicidade da fórmula de que a perda jaz onde cai’ (*the loss lies where it falls*). Tais propostas, que, desvinculadas de qualquer concepção de justiça social, chegavam a adquirir, na realidade social brasileira, feição verdadeiramente selvagem, foram rejeitadas pela própria análise econômica do direito, a qual, hoje, reconhece que, sob o discurso do custo social da reparação, esconde-se o menos evidente, mas igualmente impactante, custo social da não reparação” (p.215-216).

⁵² Conforme observou Bruno Lewicki (2006, p.375-376), baseando-se em Gisela Cruz: “A superação da tutela ressarcitória é sentida no próprio âmbito da responsabilidade civil, onde a tendência é ‘a prevenção/precaução dos danos, privilegiando-a frente ao ressarcimento, que deve ser admitido residualmente, ante a inoperância da prevenção/precaução. Esses princípios são instrumentos úteis para que se possa pôr em funcionamento mecanismos antecipatórios, quando da visualização de danos potenciais em áreas que resultam sumamente sensíveis”.

⁵³ “Com isso nasce a **responsabilidade preventiva**, que funcionará ao lado da **responsabilidade reparadora** ou clássica. Uma não exclui a outra. Ambas são necessárias, pois, caso o dano não consiga ser evitado, deverá ser reparado integralmente por seu autor ou pelo seguro. Portanto, diante da sociedade de risco, teve a responsabilidade civil de **evoluir**, acrescentando os princípios da precaução e da prevenção ao seu rol já tradicional de princípios. Houve apenas **acréscimo sem recuo ou perda** de importância, seja da culpa, seja do risco. Essa transformação que vivemos na sociedade atual é semelhante àquela que levou à introdução da responsabilidade objetiva e coletiva em um sistema todo fundamentado na responsabilidade individual e na culpa” (Lopes, p.422).

Com efeito, a responsabilidade unicamente centrada no momento do implemento do dano revela-se inconsistente, considerando os valores fundamentais tutelados em ordenamento no qual o valor da pessoa humana é central. Nessa medida, “revela-se dogmaticamente insuficiente o modelo reparatório, mesmo porque inúmeros interesses jurídicos fundamentais, no plano empírico, não são facilmente recompostos” (Martins; Marques, 2021, p.24).

Nesse sentido, assume relevância a função preventiva da responsabilidade civil, de modo a prevenir danos, e o ressarcimento toma corpo residualmente na ocasião do dano produzido para garantir a reparação das vítimas em relação aos danos que as medidas antecipatórias não derem conta de evitar, mas, de qualquer forma, devem ainda minorar as consequências danosas⁵⁴. Acerca do tema pondera atenta doutrina:

De fato, inúmeros são os danos irreparáveis ou de difícil reparação, pelo que nem sempre o Direito pode contentar-se com meras indenizações. O princípio da prevenção, segundo o qual os danos devem ser evitados, quer decorram de dano injusto, quer derivem de infração contratual, tem evidente conotação jurídica (Guedes, Meireles, 2016, p.242)

Sob tal ótica, o princípio maior da responsabilidade consiste no cuidado para que o dano não se realize e também a garantia de que a “vítima não pode ficar irressarcida” (Moraes, p. 2003, p.151). Cumpre não esquecer que, em decorrência da cláusula geral de tutela da personalidade, situações jurídicas subjetivas não patrimoniais recebem proteção especial por parte do ordenamento não só por meio da reparação, a mais extensa possível, mas sobretudo por meio de prevenção. Isso porque o mais importante é o respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana, levando em conta a consideração da responsabilidade civil como instrumento para promoção da pessoa e seus direitos fundamentais. Com isso, tem-se em vista que:

(..) a tutela dos direitos individuais nas relações privadas não se esgota na garantia de uma obrigação geral de abstenção, nem na reparação dos danos pelas lesões

⁵⁴ LGPD, “Art. 48. O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares”. Ainda assim, uma vez ocorrido o evento de violação de dados ou incidente de segurança, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados poderá, para a salvaguarda dos direitos dos titulares, determinar ao controlador a adoção, por exemplo, de “medidas para reverter ou mitigar os efeitos do incidente”.

perpetradas, através da responsabilidade civil. A proteção conferida pela ordem constitucional é mais ampla e envolve tanto uma tutela preventiva dos direitos como uma atuação repressiva e corretiva. Ademais, ela pode abranger tanto obrigações negativas do particular, como deveres positivos, dependendo das circunstâncias de cada caso e da concreta configuração dos interesses em jogo (Sarmiento, 2004, p.299).

Como se percebe, a tutela constitucional da dignidade da pessoa humana não se realiza somente de forma negativa por meio de não interferência pelos particulares e pelo Estado, tampouco por meio da tutela puramente reparativa, mais que isso, abrange uma tutela preventiva voltada a evitar lesão a interesse protegido constitucionalmente e importa em deveres negativos e positivos para a sua maior concretização⁵⁵. Entrementes, “o Estado e o direito assumiram novas funções, incluindo as preventivas e de proteção, de modo a evitar danos” (Lôbo, 2010, p.16).

Evidente, de fato, em linha com a reconhecida função promocional do direito, a responsabilidade civil atualiza seu fundamento fruto daquela historicidade “que distingue a função dos institutos de acordo com momento histórico em que se vive, seja atribuindo aos conceitos já radicados um novo conteúdo, seja criando novas estruturas quando a necessidade se fizer presente” (Moraes, 2003)⁵⁶. Como consequência, a responsabilidade funcionalizada opera “principalmente no que diz com o comportamento desejado (futuro) e não reação ao comportamento danoso passado” (Lôbo, 2010, p.13), pois não basta mais apenas implementar mecanismos objetivando a melhor forma de reparação dos danos causados a alguém.

Como visto, nesse cenário, com novas tecnologias surgindo todo o tempo, e cada vez mais sofisticadas, a coleta e o tratamento de dados ocorrem de modo generalizado para as mais diversas situações e, na mesma medida, os riscos à personalidade da pessoa e o potencial de violar seus direitos fundamentais geram desafios sem precedentes, principalmente para o direito, e suscitam a regulamentação de instrumentos específicos de controle que o direito civil clássico,

⁵⁵ “A rigor, a preocupação com os riscos de lesão já, há muito, ocupa o pensamento do direito civil constitucional, para o qual a tutela dos interesses fundados em valores constitucionais não se limita a uma tutela de tipo negativa clássico, destinada a reprimir sua lesão, mas abrange também uma tutela negativa preventiva ou inibitória, no sentido de evitar situações potencialmente lesivas a tais interesses, como uma tutela positiva, comprometida em promover a sua máxima realização” (Schreiber, 2007, p.217).

⁵⁶ Conforme Hironaka (2008, p.806): “A renovação, pois, não prejudica a ordenação sistemática, mas a revitaliza e lhe concede – ou visa conceder – uma perene adequação aos novos anseios e às novas necessidades, oriundas de um tempo novo, mas sempre sob a mesma tábua valorativa maior que é a que busca, eternamente, a realização do justo e do equânime”.

patrimonialista e reativo, não é mais capaz de tutelar. Dado que a proteção de dados se reconduz a conjunto de interesses dignos de tutela, tem grande importância para a garantia adequada da função promocional da privacidade dos dados, como meio de proteção da pessoa humana, entre outros instrumentos, para além da tutela reativa ressarcitória, o gerenciamento dos riscos por meio de um sistema de prevenção e responsabilização que, em última análise, demanda a compreensão das potencialidades da responsabilidade civil a serviço da proteção e da promoção humanas na disciplina de proteção de dados

É nesse sentido que os danos decorrentes das atividades demandam atuação preventiva⁵⁷ a fim de que o responsável pela atividade seja obrigado a adotar medidas capazes de diminuir o risco de danos, evitando assim que se concretizem ensejando danos irreparáveis, portanto, uma responsabilização prospectiva ou positiva, que atua sobre danos que ainda não aconteceram⁵⁸.

Analisando a responsabilidade dos agentes da internet atenta doutrina aponta:

A responsabilidade civil tradicional, que oferece soluções *post factum*, meramente reparatorias, cede espaço, a uma responsabilidade civil projetada no futuro, inserindo no ordenamento o dever dos agentes de agirem proativamente de modo a evitarem a causação dos danos, mormente aos direitos da personalidade, em que a indenização em pecúnia nem sempre é a solução mais adequada. Sem deméritos às técnicas compensatórias, a responsabilidade civil pode se prestar a um papel preventivo de grande importância (Queiroz, 2019, p.52).

Assim, “a prevenção é, consequentemente, categoria que há de ser considerada na noção contemporânea de responsabilidade civil” (Lôbo, 2010, p.16). Tem-se, antes do dever de reparar, o dever de prevenir, portanto, uma responsabilidade preventiva, sobretudo no âmbito da proteção de dados pessoais, de modo a propiciar uma proteção ainda mais efetiva ao titular de dados pessoais⁵⁹.

⁵⁷ “(...) enquanto a prevenção diz respeito a riscos certos e comprovados (perigo), a precaução liga-se a riscos meramente potenciais” (Guedes; Meireles, 2016, p. 246).

⁵⁸ “O princípio da prevenção, assim como da precaução, (...) obedece à necessidade social de se evitar os riscos gerados por uma revolução tecnocientífica cujos alcances e limites resultam difíceis de advertir e equilibrar. Os instrumentos existentes para enfrentar os riscos são insuficientes para os níveis alcançados, razão pela qual se torna imprescindível certo esforço social e jurídico para previni-los. Para tanto, é necessário atuar no sentido de projetar a dimensão dos danos potenciais decorrentes de certas ações, antecipando sua produção” (Guedes; Meireles, 2016, p. 247-248).

⁵⁹ Conforme Paulo Lôbo (2010, p.16): “Nos direitos da personalidade, notadamente quanto aos atentados à honra, à intimidade, e à vida privada, é melhor impedir que sejam violados quando a ameaça ainda não foi consumada ou quando, consumada, ainda não alcançou maior âmbito de lesão;

Na esteira dessa tendência, em relação ao direito fundamental à proteção de dados de modo mais amplo, quanto ao debate acerca da responsabilidade civil na LGPD, Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz (2019, p. 125) discutem acerca de a responsabilidade civil ser vista a partir do remédio típico que a identifica consistente “nas ações de reparação e compensação de danos”. Tendo em vista que são tantas as “hipóteses de regimes especiais diferenciados”, revela-se a dificuldade em torno da sistematização da disciplina da responsabilidade.

Assim, os autores apontam que o sistema de responsabilidade civil previsto na LGPD é especialíssimo e uma das principais novidades trazidas pela lei, uma vez que se encontra justificado no princípio da responsabilização e prestação de contas e, com isso, “o legislador pretendeu não apenas mandar ressarcir, mas quer prevenir a ocorrência de danos”⁶⁰.

Analisando os preceitos que cuidam da responsabilidade na LGPD e os problemas que suscitam em torno da identificação da natureza da responsabilidade aplicável à proteção de dados, se o legislador optou por um regime de responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, em conclusão, os autores afirmam a previsão na LGPD de um sistema novo de responsabilidade especial, dito “proativo”, na medida em que a lei criou diversos deveres voltados precisamente a prevenir danos. Assim consideram:

A nova lei, porém, introduz, secundando o regulamento europeu, uma mudança profunda em termos de responsabilização. Trata-se da sua união ao conceito de “prestação de contas”. Esse novo sistema de responsabilidade, que vem sendo chamado de “responsabilidade ativa” ou “responsabilidade proativa” encontra-se indicada no inciso X do art. 6º, que determina que às empresas não é suficiente cumprir os artigos da lei; será necessário também “demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, a eficácia dessas medidas.

também nessas hipóteses, o dano moral é irreparável, o que exigiu a construção de soluções que não se enquadram rigorosamente como reparação, como o direito de resposta (art. 5º, da Constituição), ou compensação, ou satisfação da vítima”.

⁶⁰ Art.6º (...)

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Portanto, “não descumprir a lei não é mais suficiente” (Moraes; Queiroz, 2019, p. 45).

De acordo com os autores, esses novos princípios exigem dos agentes de tratamento uma postura ativa, responsável em relação à utilização dos dados pessoais, significando que devem analisar os dados que tratam, a finalidade, a adequação da operação. Deverão cumprir a lei e ainda provar que estão em conformidade com ela, bem como identificar seus próprios riscos e adotar medidas voltadas para preveni-los.

Além disso, Moraes e Queiroz (2019) apontam algumas das diversas obrigações a serem cumpridas e medidas a serem tomadas pelos agentes, e sua respectiva demonstração⁶¹. Destaca-se a importância da introdução pela lei de quadro de consequências jurídicas condizente com o perfil preventivo da LGPD e que favorece a proteção de dados, como, entre outras, as sanções administrativas, especialmente o valor elevados das multas; a previsão de diversas espécies de danos e a tutela coletiva; a obrigação imposta aos agentes de comunicar à Autoridade Nacional de Proteção de dados e aos interessados casos de incidentes de segurança no tratamento de dados pessoais, nos termos estabelecidos.

Considerando o princípio indicado, responsabilização e prestação de contas, na LGPD, os agentes devem adotar medidas reais, concretas e que sejam eficazes e a respectiva comprovação, não bastando o não descumprimento da lei. Assim, para a LGPD, ao agente “não basta apenas afirmar que se atua conforme as regras e padrões em vigor, é preciso demonstrar que conteúdo das regras foi incorporado pela organização e por ela é efetivamente praticado” (Menke, 2020, p.357). Busca-se influenciar um comportamento mais proativo por parte dos agentes⁶².

⁶¹ E complementam: Até hoje, como é sabido, as empresas simplesmente cumprem o expediente fornecendo um *kit* de documentos (formulários de informações e consentimento, política de privacidade, documento de segurança etc.) aos quais ninguém realmente presta atenção. A partir de 2020, quando a lei entra em vigor plenamente, qualquer organização a ela sujeita deverá provar: i) que avaliou e, se necessário, redesenhou adequadamente o processamento de dados pessoais; ii) que as medidas de segurança implementadas são adequadas e eficazes; iii) que aplica uma política de privacidade interna com obrigações claras, ações concretas vinculadas a cada uma e que foram designados os responsáveis pelo cumprimento; iv) que nomeou um encarregado e que exige esse mesmo cumprimento responsável de seus funcionários e na sua cadeia de terceirização (p.129).

⁶² Tanto que, uma vez descumprida a lei na modulação das sanções e dosimetria das multas, a LGPD levará em conta, entre outros critérios, por exemplo, “a adoção reiterada e demonstrada de

Nesse contexto, a consagração do princípio da responsabilização proativa pela Lei Geral de Proteção de Dados brasileira representa, em linha com o Regulamento Europeu de Proteção de Dados, uma das características mais relevantes trazidas pela lei, e considerado elemento essencial em qualquer tratamento de dados, traduz-se em um processo dinâmico e contínuo de adoção pelos agentes de tratamento de medidas práticas capazes de assegurar o cumprimento dos demais princípios existentes e das regras de proteção de dados e promover a eficácia da proteção de dados pessoais e sua demonstração (Lopes, 2018, p.50-55)⁶³.

Não se trata em definitivo de simples dever procedimental, uma vez que, para que a atuação do tratador de dados seja merecedora de proteção, não basta que esteja de acordo com a lei, é preciso provar, porque o simples cumprimento da norma é uma condição necessária, mas não suficiente para entender que o tratamento não viola as regras de proteção de dados.

É preciso ter em mente que haverá de pôr em prática esse sistema de responsabilização com a adoção das providências determinadas relativas aos procedimentos de segurança e organizativos a serem tomadas para evitar o dano. Tais garantias são necessárias ao cumprimento das regras de proteção de dados, e sua comprovação, são exigidas desde a fase de concepção do produto ou serviço, execução, e após, tendo em vista o que a lei estabelece acerca do término do tratamento de dados, como decorrência do dever de boa-fé, de modo a assegurar os princípios fundamentais aplicáveis aos agentes de tratamento e reforçando os direitos dos titulares dos dados.

Nesse sentido, observa-se que

(...) uma obrigação bastante característica é a do controlador realizar um relatório de impacto à privacidade, que é uma descrição de uma operação de tratamento de dados pessoais que execute juntamente com as medidas que tenha adotado para

mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2º do art. 48” (art.52, §1º, VIII).

⁶³ Conforme também Manual de legislação europeia em matéria de proteção de dados. Edición de 2018, p.153-155.

aumentar a segurança e mitigar o risco presente no tratamento (Mendes; Doneda, 2018, p.476)⁶⁴.

Esse relatório de impacto à proteção de dados e à privacidade será exigido pela Autoridade Nacional de Proteção de dados consoante artigo 38 da lei e demais normativas atinentes⁶⁵.

Torna-se da maior importância uma Autoridade de Proteção de dados atuante no sentido de fiscalizar e fazer cumprir o dever de prevenção por meio da verificação de cumprimento pelos agentes dos inúmeros deveres impostos e mecanismos que visam a evitar o risco de dano e problemas no tratamento de dados pessoais⁶⁶, a fim de assegurar a necessária proteção ao direito fundamental à proteção de dados⁶⁷. Se restarem inoperantes tais mecanismos, talvez ainda seja possível evitar o evento danoso por meio de tutela judicial preventiva (Guedes; Meireles, 2016, p.245).

Ainda nessa linha, salienta-se em doutrina que “a previsão legal de autoridades de proteção de dados robustas e independentes bem como as regras de responsabilização e prestação de contas são alguns dos aliados da autodeterminação

⁶⁴ No mesmo sentido: “Uma das formas, inclusive, de avaliação destas práticas se dá pelo chamado relatório de impacto à proteção de dados pessoais, que se configura como a “documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco” (art. 5, XVII, LGPD). O uso deste termo - “mecanismos de mitigação do risco” - refere-se à capacidade do pretensor ofensor de reconhecer previamente os riscos relacionados à atividade que ele desenvolve e tomar as medidas para evitar o dano, numa antecipação que o controlador ou operador deverá considerar para evitar a obrigação de reparar, por meio da gestão dos riscos relacionados à atividade desenvolvida” (Mulholland, 2020, p.120).

⁶⁵ A Autoridade Nacional de Proteção de dados cumprirá importante papel no estabelecimento da procedimentalização deste instrumento por meio de resolução, cujo processo de regulamentação iniciou em 2021, de acordo com a agenda regulatória. Vide Regulamento europeu art. 35.

⁶⁶ Conforme observa Schreiber (2007, p.217): “A eliminação prévia dos riscos de dano encontra seu principal instrumento na instituição de deveres de comportamento prévios, quase sempre por normas legais ou regulamentares. Inteiros setores econômicos passam, assim, a sofrer uma regulamentação intensa, que, voltada às especificidades do seu ramo de produção, pretende administrar satisfatoriamente os riscos de acidentes. Adicionalmente, impõe-se a fiscalização eficiente por parte do poder público no que tange ao cumprimento destas normas, sobretudo pelos agentes econômicos de maior potencial lesivo, sem a qual todo o esforço regulamentar se torna inútil”.

⁶⁷ Sobre o papel fundamental da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, Mendes e Doneda (2018, p.478) observam que: “uma análise de mais de 40 hipóteses do texto legal em que a Autoridade é chamada para atuar demonstra que a sua competência vai desde a solicitação e análise de relatórios de privacidade, determinação de medidas para reverter efeitos de vazamentos de dados, disposição sobre padrões técnicos de segurança da informação até a autorização da transferência internacional de dados pessoais. Isso demonstra que o órgão não é um mero coadjuvante do sistema de proteção de dados; ao contrário, é o seu pilar de sustentação, sem o qual todo o arcabouço normativo e principiológico não está apto a funcionar de forma adequada”.

informativa na missão de garantia do livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos” (Menke, 2020, p.6).

Em outro texto, Moraes (2019) reforça a presença na LGPD de “um sistema de responsabilização proativo, nem subjetivo nem objetivo”, uma vez que, embora pareça ter o legislador optado pelo regime subjetivo, criou um sistema de prevenção atrelado justamente à ideia de risco da atividade; por outro lado, não optou pelo regime objetivo, que, para a autora, talvez fosse mais adequado no âmbito de tratamento de dados, porque o legislador voltou para um novo sistema que busca, acima de tudo, a eliminação prévia dos riscos de lesão. Em suas palavras:

(...) vê-se que o legislador, embora tenha flertado com o regime subjetivo, elaborou a um novo sistema, de prevenção, e que se baseia justamente no risco da atividade. Tampouco optou pelo regime da responsabilidade objetiva, que seria talvez mais adequado à matéria dos dados pessoais, porque buscou ir além na prevenção, ao aventurar-se em um sistema que tenta, acima de tudo, evitar que danos sejam causados. Este novo sistema de responsabilização “proativa”, nem subjetivo nem objetivo, parece promissor; agora é tempo de aguardar seus resultados (Moraes, 2019, p.6).

Nesse cenário de extração massiva e abusiva de dados pessoais e evidente assimetria informativa, se, por um lado, a escolha da responsabilidade subjetiva possa parecer não coerente, nesse campo, por outro, parece não haver contrariedade das obrigações instituídas pela lei aos agentes de tratamento de dados e a responsabilização objetiva, uma vez que busca, antes de tudo, mitigar os riscos de danos, protegendo os direitos dos titulares; mas, ao contrário, se complementam justamente como forma de assegurar os interesses da pessoa e impedir que o dano aconteça e mais, que interesses empresariais se sobreponham ao direito fundamental de proteção de dados⁶⁸.

Contudo, em tese, perde importância a fundamentação da responsabilidade baseada na teoria subjetiva ou objetiva. Na verdade, indica-se uma “responsabilização *lato sensu*”, no sentido de impor deveres voltados a impedir que

⁶⁸ Segundo Perlingieri (2008, p.177): “A ordem social pode ser analisada sob dois perfis: o ‘ter’, que pertence à estrutura econômica e produtiva, e ao aspecto patrimonial da organização social; o ‘ser’, que resguarda o aspecto existencial da pessoa com os seus direitos e deveres. A primeira categoria inclui a problemática da propriedade, da iniciativa privada e da empresa e, em parte, do trabalho como elemento de produção; a outra, a problemática dos direitos fundamentais da pessoa: direito ao trabalho, à educação, a uma vida livre e digna, à igualdade substancial frente a outros cidadãos, ao respeito à própria dignidade”.

danos sejam causados, “de modo que a coleta e o tratamento de dados pessoais devem ser precedidos de medidas rigorosas e eficazes de proteção, especialmente em relação aos dados sensíveis, núcleo duro da dignidade humana” (Moraes; Queiroz, 2019, p. 119). E isto é o que tem de diferente ou novidade na nova lei na matéria da responsabilidade na proteção de dados, a prevenção⁶⁹.

Nesse sentido, a LGPD institui um sistema amplo de responsabilização que, para além da reparação dos danos, impõe mecanismos de prevenção, via atitudes proativas dos agentes quanto ao processamento de dados pessoais e a responsabilização em identificar riscos e adotar medidas adequadas e eficazes, para implementar os princípios de proteção de dados, a fim de mitigar os riscos, e também garantir que o processamento esteja de acordo com as regras de proteção de dados e seja capaz de demonstrar isso (Lopes, 2018, p.51-55).

Moraes e Queiroz (2018, p.133-134) vislumbra-se ainda que:

As características peculiares da hipótese de responsabilidade civil em questão – que se expressam principalmente na regulação detalhada das obrigações comportamentais do controlador e do operador de dados, com um novo foco no perfil de gerenciamento de riscos, especialmente relacionado ao uso da inovação tecnológica – possibilitam garantir a efetividade do recurso de compensação, adaptando-o às especificidades da atividade de processamento de dados pessoais e aos requisitos de proteção que ele apresenta.

⁶⁹ Segundo Rosenvald (2020, p.3-4), o perfil da responsabilidade centrada na reparação do dano já causado – *liability* – não é mais suficiente para responder à complexidade e à velocidade dos arranjos sociais. Outras dimensões de responsabilidade adquirem importância fundamental – *responsability*, *accountability* e *answerability* – e transcendem a tutela ressarcitória e dirigem-se essencialmente para a antecipação do dano, para que ele não aconteça. Configura-se uma responsabilidade de novo perfil. A *responsability* corresponde ao sentido ético de responsabilidade, uma vez que se revela em relação ao outro, à sociedade e é indispensável à sobrevivência humana, por isso sua inserção no campo específico da proteção de dados, mas não só e apenas, como exigência do respeito da personalidade. Quanto à *accountability*, exprime parâmetros regulatórios preventivos com adoção e implementação de medidas adequadas à proteção dos dados, e sua demonstração. Já a *answerability* traduzida como “explicabilidade” trata do direito à explicação e vai além do direito à informação e alcança, por exemplo, o direito de revisão de decisões automatizadas. Assim, Rosenvald (2020, p.4) arremata: “*responsability*, *accountability* e *answerability* executam exemplarmente as funções preventiva e precaucional da responsabilidade, eventualmente complementada pela função compensatória (...). Aliás a multifuncionalidade da responsabilidade civil não se resume a uma discussão acadêmica: a perspectiva plural de sua aplicabilidade à LGPD é um bem acabado exemplo legislativo da necessidade de ampliarmos a percepção sobre a responsabilidade civil. Não se trata tão somente de um mecanismo de contenção de danos, mas também de contenção de comportamentos. Transpusemos o ‘direito de danos’ e alcançamos uma responsabilidade civil para muito além dos danos. A responsabilidade como mecanismo de imputação de danos – foco na análise reparatória – no qual o agente se responsabiliza ‘perante’ o outro, convive com a reponsabilidade ‘pelo outro’, o ser humano”.

Essa perspectiva da responsabilidade proativa ou ativa foi citada para embasar julgamento de recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em processo envolvendo a concessionária de serviços de energia Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A, em razão de grande vazamento de dados pessoais, conforme mencionado no capítulo 2 deste estudo, em que o desembargador relator destaca essa doutrina e aponta a harmonização da LGPD com outras normativas, como o Código de Defesa do Consumidor. Além disso, enfatiza que uma responsabilização objetiva na LGPD não inibe o desenvolvimento e nem ensejaria uma ampliação de reivindicações indenizatórias⁷⁰. Em outra decisão, de primeira instância, também do Estado de São Paulo, o juiz sentenciante utilizou a responsabilidade proativa “e objetiva” para condenar a ré em obrigação de fazer e afastar o pedido de indenização por dano moral aviado pelo autor da ação⁷¹.

Daí se ressalta como fundamental o papel da doutrina, como se pôde perceber com este estudo, para auxiliar o magistrado na interpretação e aplicação desse sistema peculiar de responsabilidade previsto na LGPD diante das demandas concretas, invocando a sua aplicabilidade em matéria que não é nova, mas que demandará certo cuidado na sistematização por parte da doutrina, amadurecimento e posicionamento da jurisprudência, a favorecer a sociedade como um todo. E,

⁷⁰ “Quanto à responsabilidade dos controladores e operadores, assim dispõem o art. 42 e seguintes da LGPD (...) Cuida-se da chamada responsabilidade civil ativa ou proativa”. A respeito do regime de responsabilidade civil previsto na LGPD, conforme a doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz, “(...) não se trata mais, como antigamente, de aplicação das regras da responsabilidade subjetiva ou objetiva, mas sim do que a doutrina vem definindo como responsabilidade ativa ou proativa, hipótese em que às empresas não é suficiente o cumprimento dos artigos da lei, mas será necessária a demonstração da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, a eficácia dessas medidas. (...) Frisa-se, ainda, não haver qualquer antinomia da LGPD com outras legislações, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor. Em havendo violação à legislação consumerista, se aplicam as regras do art. 14 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor e o regime da responsabilidade civil objetiva. Além disso, com relação à acusação de que, com a LGPD e com a adoção de um regime objetivo de responsabilização civil, haveria uma ampliação do número de demandas indenizatórias, inibindo o desenvolvimento e a indústria, bem como de novas tecnologias, os mesmos autores destacam (...)”. (TJSP, Apelação Cível nº 1008308-35.2020.8.26.0704. Rel. Alfredo Attié. Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 16.11.2021)

⁷¹ “A demanda versa sobre a responsabilidade civil objetiva/proativa por malversação de dados pessoais (art. 5º, I, LGPD), exigindo-se do controlador e operador dos dados conduta ativa visando a devida guarda e tratamento de dados pessoais de terceiros, configurando-se o dano a partir da mera conduta e nexos causal com o resultado, conforme previsão da LGPD (art. 42 ss) (...)”. (TJSP. Processo nº 1007913-21.2021.8.26.0506. 7ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto. Juiz: thomaz Carvalhaes Ferreira. Data da sentença: 24.01.2022).

como adverte Perlingieri (2008, p.24), com obediência ao princípio da legalidade, segundo ele, “entendido não como uma interpretação e aplicação de uma lei particular isolada, mas como dever de interpretá-la e aplicá-la em respeito às normas e escolhas constitucionais”, em que a importância é o valor da pessoa⁷².

Com esse delineamento acerca da controvérsia em torno do tema, vislumbra-se que o sistema de responsabilidade previsto na LGPD não se volta apenas a remediar as consequências dos atos passados, é dizer, da responsabilidade pelo dano acontecido, mas, mediante a imposição de medidas preventivas, antecipa-se e dirige-se, ao máximo, à realização de deveres voltados a impedir riscos, sempre presentes, de lesões à dignidade e aos direitos fundamentais, uma vez que incorpora novos instrumentos de garantia aos direitos e liberdades dos titulares de dados. Denota-se assim o papel promocional da LGPD e a proteção reforçada dos direitos dos titulares de dados pessoais.

Nesse sentido, afirma-se que “o objeto da responsabilidade positiva e promocional são as outras pessoas humanas, atuais e futuras” (Lôbo, 2010, p.27), uma noção ética, o que revela sua importância primordial na proteção de dados pessoais, favorecendo a concreção do princípio da dignidade da pessoa e da solidariedade, dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, cumpre retomar a lição de Pietro Perlingieri (2008, p.768) ao pontuar que

A tutela da pessoa nem mesmo pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais (...). A personalidade tem relevância positiva nem tanto no momento processual – isto é, nos remédios aos quais recorrer para a cessação da atividade lesiva, para a reintegração de forma específica, para a averiguação, para o ressarcimento –, quanto na avaliação substancial do interesse merecedor de concretização, destinado a modificar a

⁷² Moraes (2013, 13-14) pontua: “A constatação de que vivemos em uma era de incertezas e de que o mecanismo de aplicação do Direito é guiado por uma lógica informal não permite abrir mão da segurança jurídica. (...) Em especial, as decisões que passam pela aplicação de princípios exigem a construção de um discurso de justificação, para além de um discurso de aplicação, que permita fundamentar a preferência de um princípio para sua aplicação ao caso concreto em detrimento de outro naquela hipótese concorrente. (...) independentemente dos diversos matizes doutrinários acerca do tema, verifica-se uma convergência sobre a importância e o valor da fundamentação argumentativa das decisões como base para o controle democrático de legitimidade da atuação jurisdicional”.

partir de seu interior, a maior parte dos institutos jurídicos, mudando a sua função⁷³.

Nessa medida, mostra-se essencial para uma adequada tutela da personalidade a consideração do interesse ou direito a ser concretizado, com especial atenção para a tutela das situações não patrimoniais, endereçando, por sua vez, a própria função dos institutos jurídicos. Com isso, a proteção preventiva revela-se ainda mais efetiva para a realização plena da pessoa. Trata-se de agir antecipadamente a fim de impedir o surgimento de situação danosa, especialmente na tutela dos dados pessoais, expressão da dignidade humana.

Considerando o direito civil-constitucional, esse caminho de uma responsabilização, de tipo preventivo-precautório, apresenta-se no tempo presente ser o melhor na busca de sempre ampliar a tutela da pessoa humana e somente eventualmente complementada pela função reparativa.

⁷³ E ainda: “A exigência do respeito da personalidade, de seu livre desenvolvimento incide sobre a noção de ordem pública, sobre os limites e sobre a função da autonomia negocial, através dos atos dos quais se manifesta, sobre a individuação das fronteiras do ilícito e de seu fundamento, sobre as configurações não apenas das relações familiares, mas também daquelas patrimoniais, sobre a concepção e a tutela da relação de trabalho, sobre o juízo do valor do associativismo e de seus possíveis escopos; incide, em suma, sobre toda a organização da vida em comunidade” (Perlingieri, 2008, p.768-769).

5. Conclusão

A questão central tratada na dissertação relaciona-se ao tema da responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, tendo em conta a premente necessidade de proteção da pessoa e do caráter fundamental dos dados pessoais em um cenário marcado pelas novas tecnologias na Sociedade da Informação. A reflexão se centrou em responder ao seguinte questionamento: de que modo está articulada a dinâmica da responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais?

Estudar a temática a partir da interpretação constitucionalizada da responsabilidade civil permitiu identificar a importância fundamental de uma função preventiva na noção de responsabilidade civil na contemporaneidade para dar conta das demandas concretas da pessoa no campo da proteção dos dados pessoais.

No capítulo 2, evidenciou-se que, no mundo atual, com a tecnologia existente e que se encontra em franca evolução, e, na mesma medida, o aumento exponencial do poder de processamento de informações pessoais, a proteção de dados assume enorme relevância e exige tutela específica, para além da privacidade e da autodeterminação informativa, e passa a ser pressuposto para a concretização de uma série de outros direitos e garantias fundamentais.

O reconhecimento do primado da dignidade em uma ordem jurídica inspirada na promoção da pessoa humana é premissa normativa sobre a qual se assenta a reflexão. Portanto, tendo como referência a pessoa como valor fundamental, torna-se imperativo constitucional a consideração de todos os problemas específicos em um contexto que favoreça a exigência primária de promoção da pessoa, da sua liberdade e autonomia, em vista da necessidade de

garantir proteção integral da personalidade. Da proteção à dignidade decorre a ressignificação das premissas do Direito, particularmente do Direito Civil, alterando profundamente seu fundamento axiológico, antes centrado na caracterização do indivíduo neutro e abstrato, em uma lógica patrimonialista, pondo em causa o compromisso com a tutela da dignidade da pessoa humana a partir da perspectiva civil-constitucional, a qual, comprometida com a concretização dos valores existenciais, implica a valorização dos direitos de personalidade e fundamentais, entre os quais se encontra a privacidade.

A privacidade ganhou especial destaque no escopo de tutela da pessoa. Caracteriza-se em aspecto essencial da personalidade que sofreu transformações profundas e que remete ao debate relativo ao acelerado avanço científico e tecnológico. Destaca-se também o aumento vertiginoso do fluxo de informações em decorrência do tratamento informatizado de dados pessoais e seus impactos na forma como o exercício da privacidade extrapola sua noção original “do direito a ficar só” e alcança novos contornos com a Sociedade da Informação.

A concepção liberal-patrimonialista é substituída por outra, de cunho social e existencial. E o efetivo respeito à privacidade leva em conta a inserção da pessoa na sociedade e na garantia de fruir de direitos fundamentais. Nessa perspectiva, a privacidade se impõe como valor fundamental, especifica-se no direito de construir a própria esfera privada, entendida como autodeterminação informativa, como poder de controlar a circulação das próprias informações e se torna elemento constitutivo da cidadania e democracia.

Progressivamente, passou-se a exigir uma disciplina específica de proteção dos dados pessoais, o que levou a uma sucessão de regulamentos e normativas postas à sua tutela, essencial para a concretização de um conjunto de valores fundamentais, de modo que a preocupação deixa de ser meramente com a proteção da privacidade, porque a proteção de dados, vai além. Por isso, a associação da proteção de dados, mas não exclusivamente, com o princípio da igualdade, sobretudo, diante de dados sensíveis que consistem no “núcleo duro” da dignidade, porque podem resultar em desigualdades e discriminação.

Visto que a evolução dos sistemas de tratamento de dados adquire centralidade no funcionamento de todos os setores da sociedade e, por isso, o grande

número de países que hoje possuem normativas gerais sobre proteção de dados, a análise se voltou para a compreensão do conjunto de circunstâncias que emolduram os debates, a produção e a aplicação da LGPD, uma vez que as questões e os problemas relacionados ao tratamento de dados pessoais não são matéria nova no direito pátrio.

Além da reconhecida inspiração da Lei brasileira de proteção de dados no Regulamento europeu de proteção de dados de forma ampla, com particular atenção aos aspectos de maior relevância ao tema da responsabilidade na proteção de dados, adquire importância a legislação setorial nesse ecossistema de proteção de dados que foi delineando e formatando elementos para essa proteção. Desse modo, temas atinentes à proteção de dados eram objeto de discussão em doutrina e pelo Judiciário e o seu endereçamento se dava por diversas vias e instrumentos existentes.

Nesse contexto, a LGPD consolida marco normativo na estruturação da proteção de dados pessoais no Brasil e representa importante instrumento de promoção da pessoa, da sua privacidade e o direito fundamental à proteção de dados, hoje positivado na Constituição entre os direitos e garantias fundamentais. Trata-se de modelo regulatório vocacionado à prevenção de danos à pessoa humana e à garantia do tratamento de dados com segurança, pois objetiva antecipar os riscos de lesão a valores fundamentais, por meio de diversos instrumentos, impondo aos agentes de tratamento que apliquem medidas adequadas e eficazes para implementar os princípios fundamentais na proteção de dados com vistas a evitar o tratamento abusivo ou ilícito de dados pessoais.

No capítulo 3, o enfoque voltou-se para os conceitos fundamentais de responsabilidade civil na proteção de dados, tendo em conta que, com a utilização massiva dos dados pessoais, a atividade de tratamento pode causar danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais à parte lesada. Assim, a investigação buscou considerar os elementos ensejadores da obrigação de indenizar – dano, nexo causal e fatores de atribuição de responsabilidade – nos problemas específicos da proteção de dados. A responsabilidade civil deve ser compreendida em conformidade com o contexto valorativo em que se vive, e princípios, antes alheios à sua disciplina, moldam os seus novos contornos, entre outros, o princípio da solidariedade social,

justiça distributiva, o princípio da dignidade da pessoa, aos quais se soma o princípio da prevenção.

Como se evidencia, ao privilegiar a prevenção, o sistema de responsabilidade civil da LGPD se mostra diferenciado, mas também, em caso de dano, este sistema de responsabilidade está vinculado à noção de dano, de violação da legislação de proteção de dados por parte dos agentes e à reparação.

Quanto ao dano, pode-se perceber a amplitude da noção contemplada pela LGPD ao se referir a todo e qualquer dano que resultar da atividade de tratamento de dados, obrigando os agentes de tratamento a repará-lo, seja em âmbito individual, seja coletivo. Contudo, foi ressaltada a problemática em torno da identificação do dano de violação à legislação de dados, especialmente em relação ao dano moral, que se configura “*in re ipsa*”, ou se faz necessária a prova de um “dano concreto”.

Na investigação, considerou-se que não há que correlacionar o dano moral a algum prejuízo, o qual deve ser apreendido objetivamente com a simples ofensa a interesse jurídico protegido atinente a aspectos existenciais da pessoa da vítima. Inobstante isso, analisando-se algumas decisões, e sem a pretensão de exaustividade, pôde-se vislumbrar a exigência de demonstração de algum prejuízo, como, por exemplo, no caso de incidentes de segurança, a utilização fraudulenta dos dados por terceiros ou a exposição a uma situação constrangedora ou vexatória, sobretudo, em relação a dados pessoais não qualificados como dados sensíveis, caracterizando a situação como mero aborrecimento.

Isso indica o debate que ainda persiste envolvendo noções fundamentais em matéria de dano moral e mostra a premente necessidade de construção de uma cultura de amplo respeito ao direito fundamental à proteção de dados, partindo da premissa de que não há dado pessoal irrelevante e buscando-se sempre minimizar os riscos de violação à privacidade do titular do dado, deixando à reparação papel subsidiário.

No que tange aos fatores de atribuição de responsabilidade, os mais gerais, culpa e risco, denota-se que ainda persistem as discussões e os problemas em torno dos modelos de responsabilidade. De todo modo, coexistem no direito brasileiro a responsabilidade civil baseada na culpa e a responsabilidade civil objetiva, ou

independentemente de culpa, e ambas passam a se adequar no intuito de garantir a devida tutela à vítima. Destarte, cabe ao legislador estabelecer ou ao próprio juiz definir em quais situações incide a responsabilidade civil subjetiva, ou a objetiva, que tem como fundamento o dever de solidariedade social.

Na LGPD, observa-se que há falta de uma indicação expressa pelo legislador acerca da espécie normativa de responsabilidade e, considerando-se que a lei ainda é uma novidade, nota-se que a doutrina se encontra profundamente dividida. E, na jurisprudência, é preciso aguardar os resultados, porque o arcabouço normativo e a lei só ganham corpo com a aplicação prática, que deve passar pelo crivo da doutrina.

Com relação ao nexo causal e à dificuldade de sua prova em meio a sucessivas e crescentes operações com dados pessoais, pelas mais diversas ferramentas tecnológicas, identifica-se o problema da dificuldade inerente à constituição da prova do nexo decorrente do volume de transmissões realizadas em meio imaterial, percorrendo longas distâncias, quase instantaneamente, que, por sua vez, é agravado pela assimetria informacional entre o agente de tratamento e o titular de dados. Percebeu-se ainda a problemática em torno das excludentes da responsabilidade no caso de vazamento de dados e, pelo que se pôde notar, parece que tal compreensão leva em conta a posição que se adote acerca do regime de responsabilidade civil na LGPD.

No capítulo 4, dedicado especificamente ao questionamento proposto pela pesquisa, pôde-se notar que, com o objetivo da prevenção, além do ressarcimento, a LGPD não entabulou expressamente a natureza da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais, se subjetiva ou objetiva. Com o desenvolvimento dos argumentos a favor de uma ou outra posição, e sem desconsiderar a normativa já existente, que regulamenta aspectos da proteção de dados e a responsabilidade no caso de dano, buscou-se compreender esse sistema novo de responsabilização previsto na LGPD.

A propósito da responsabilidade na proteção de dados, para além da LGPD, isto é, presente em dispositivos de leis esparsas que foram exploradas nesta dissertação, nota-se que tanto no Código de Defesa do Consumidor, como na Lei de Cadastro Positivo e Lei de Acesso à informação, o regime de responsabilidade

civil é o objetivo, ou independentemente de culpa, obviamente com as particularidades de cada diploma legislativo. Especificamente com relação ao Marco Civil da Internet, o legislador, aqui, também não estabeleceu expressamente a natureza da responsabilidade do provedor de conteúdo. Isso fez com que a jurisprudência tomasse rumo conformando uma responsabilidade subjetiva e considerando especialmente o requisito de ordem judicial específica e a omissão do provedor de conteúdo em retirar de circulação o conteúdo ofensivo a direitos do usuário.

Em situação que envolva relação de consumo, na medida em que a remuneração pode ser direta ou indireta, deve-se aplicar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor prevista no Código de Defesa do Consumidor. Com isso, ressaltou-se a necessidade de atentar para a harmonia e a coordenação entre a legislação anterior ao marco normativo geral e as normas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados.

Com relação à diversificação de interpretações sobre o regime de responsabilidade da LGPD, foi possível identificar argumentos no sentido de que o legislador da LGPD acolheu a responsabilidade civil subjetiva, seja por um tratamento irregular de dados, seja por incidentes de insegurança; e outros que consideram uma responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida. Da análise, foi possível perceber que uma responsabilidade por infração à lei não é novidade, mas, com a imposição de inúmeras obrigações a cargo dos agentes de tratamento de dados, ficará mais fácil a identificação do evento configurador da obrigação de indenizar.

Outra vertente é a dos que defendem a adoção de uma responsabilização objetiva, guardadas evidentemente as particularidades do pensamento de cada um de seus defensores, seja por considerar o tratamento de dados pessoais atividade de risco, seja por conceber a responsabilidade nos moldes previstos no Código de Defesa do Consumidor, inclusive adotando a noção de “tratamento defeituoso” dos dados pessoais, seja ainda por basear-se na noção de ilícito objetivo e dever geral de segurança. Há ainda posição que, embora sustente a preferência do legislador pela responsabilidade civil subjetiva, identifica na LGPD hipóteses de responsabilidade civil independentemente de culpa, desatrelada da noção de risco -

, mas que, também, não afasta a possibilidade de atrair a responsabilidade fundada no risco da atividade que é potencialmente violadora de direitos fundamentais. Por isso, coexistem na LGPD ambas as espécies de responsabilidade, objetiva e subjetiva.

Por fim, identificaram-se argumentos em favor de uma responsabilização dita proativa, nem subjetiva, nem objetiva, na medida em que evidencia na LGPD um sistema amplo de responsabilização que privilegia uma ideia dirigida à prevenção, para além do ressarcimento, impondo-se uma ação proativa por parte dos agentes e a implementação de uma série de medidas voltadas precisamente para proteção da vítima potencial. Esse sistema de responsabilidade se alinha ao princípio da responsabilização proativa previsto no Regulamento europeu de proteção de dados. Sob tal enfoque, o princípio maior da responsabilidade consiste no cuidado para que o dano não se realize.

Com isso, destacou-se a importância de que a Autoridade de Proteção de Dados seja atuante no sentido de promover, fiscalizar e fazer cumprir o dever de prevenção por meio da verificação de cumprimento pelos agentes dos inúmeros deveres impostos e mecanismos que objetivam evitar risco de dano.

Nessa medida, buscou-se demonstrar que a escolha da responsabilidade subjetiva parece não ser coerente à normativa de tutela dos dados e que não há contrariedade das obrigações instituídas pelo legislador aos agentes de tratamento e uma responsabilidade objetiva. Trata-se de uma forma de assegurar os interesses da pessoa, uma vez que a ação desses agentes “gera, com sua atividade, a mera ‘ocasião’ ou a ‘oportunidade’ de dano”, independentemente de culpa, e tem fundamento na ideia de solidariedade (Moraes, 2010); dá-se um dano injusto e uma atividade que é potencialmente violadora de direitos fundamentais.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana configura-se verdadeira cláusula geral, apta a realizar infinitas formas de proteção e promoção da pessoa, onde quer que essa necessidade se faça presente. Implica compreender a tutela ressarcitória como apenas uma das dimensões da responsabilidade civil, que, a despeito de sua importância para a integral tutela da pessoa, prioriza a tutela preventiva para aquele que deve cumprir a responsabilidade na contemporaneidade, que é evitar o dano e promover o valor da dignidade humana, especialmente na

proteção de dados. Isso impõe uma responsabilização proativa para melhor proteger a pessoa, e não poderia ser diferente, uma vez axiologicamente coerente com o sistema protetivo do direito brasileiro e com as previsões da LGPD.

Por isso, conclui-se que o legislador da LGPD criou um sistema novo de responsabilização, de tipo preventivo-precautório, com vistas a assegurar de modo primordial a garantia da privacidade dos dados pessoais, o que nem mesmo pode realizar-se plenamente no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Adquire importância fundamental a função preventiva da responsabilidade civil, no sentido de que os danos devem ser evitados, de modo a cumprir o objetivo constitucional de solidariedade social e concretizar os valores existenciais, uma vez que é instituto jurídico essencial para a tutela da dignidade da pessoa e a efetividade de seus direitos. Assim, haverá de se pôr em prática esse sistema novo de responsabilização, o que justifica o caráter instrumental da LGPD para a proteção da pessoa, a concretização da autodeterminação informativa, o respeito à privacidade e a maior eficácia e efetividade do direito fundamental à proteção de dados da pessoa humana.

6.

Referências bibliográficas

ANTEPROJETO de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal. Disponível em <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/11/dados-anteprojeto-comissao-protecao-dados-seguranca-persecucao-final.pdf>. Acesso: 08 de novembro de 2020.

ASSY, Bethânia; FERES JUNIOR, João. Reconhecimento, In BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unissinos, 2006.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. **Guia orientativo para agentes de tratamento de dados e do encarrego.** Brasília, DF: ANPD, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf. Acesso em: 15 de jun de 2021.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. **Guia orientativo segurança da informação para agentes de tratamento de pequeno porte.** Brasília, DF: ANPD, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-vf.pdf>. Acesso em: 21 de outubro de 2021.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. **Comunicação de incidentes de segurança**, 22 fev. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/incidente-de-seguranca>. Acesso em: 5 de out. 2021.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Data controllers e data processor: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil. **Revista de Direito Comercial**. p.416- 486. Março de 2018.

BESSA, Leonardo Roscoe, NUNES, Ana Luiza Tarter. Instrumentos processuais de tutela individual e coletiva: Análise do art. 22 da LGPD. In: In: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel, RODRIGUES Jr., Rodrigo. SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). BIONI, Bruno (coord. executivo). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 666-679.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/responsabilidade-civil-na-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2021.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 7ª triagem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: SP: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação Tício Sampaio Ferraz Júnior. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica Cláudio de Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª edição, 1995.

BODIN DE MORAES, Maria Celina La tutela della persona umana in Brasile. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/175/401>. Acesso em: 23 de janeiro de 2015.

BRASIL, Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. **Lei do Cadastro Positivo**. Brasília: Diário Oficial da União, 2061. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm. Acesso e: 11 de abril de 2022.

BRASIL, Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011. **Lei do Cadastro Positivo**. Brasília: Diário Oficial da União, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso e: 11 de abril de 2022.

BRASIL, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Lei de Acesso à Informação**. Brasília: Diário Oficial da União, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 25 de março de 2022.

BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Brasília: Diário Oficial da União, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 11 de abril de 2022.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa e Proteção do Consumidor**. Brasília: Diário Oficial da União, 1990.

Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em:
 11 de abril de 2022.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda Constitucional 17/2019 – PEC 17/2019**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=2210757. Acesso em: 06 de setembro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 de março de 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115** de 10.02.2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 10 de março de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Acesso em: 07 de março de 2022.

BRASIL. PREIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Medida Provisória nº 954**, de 17 de abril de 2020. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm. Acesso em: 01 de julho de 2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em Teses. Edição 125**. 17 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/JuriTeses/article/view/11383/11512>. Acesso em: 07 de dezembro de 2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1655731/SC**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 14/05/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/709329527/recurso-especial-resp-1655731-sc-2015-0270550-4>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resp 1758799/MG**, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ: 19/11/2019. Disponível em: <http://portaljustica.com.br/acordao/2398634>. Acesso em: 30 de novembro de 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.561/Tocantis**. Rel. Min. Luiz Edson Fachin. Julg. 13.10.2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizador-pub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?se-qobjetoincidente=6008887>. Acesso em: 08 de nov. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF**. Min. Relatora: Rosa Weber. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 07/05/2020. Publicação: 12/11/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 11/09/2020.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Embargos em Recurso de Revista**. Processo E-RR-933-49.2012.5.10.0001 (nº do TRT de origem: RO-933/2012-0001-10). Rel. Min. Maria Helena Mallmann. Órgão Julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Julgamento em 16.12.2021. Publicação do acórdão: 25.02.2022. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=933&digitoTst=49&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0001&submit=Consultar>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2022.

BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Dos agentes de tratamento de dados pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUN, Renato Opce (Coords.). **LGPD: Lei Geral de proteção de dados comentada**. 2ª Edição. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2019, p. 309-331.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

COMOLMBO, Cristiano, FACCHINI NETO, Eugênio. “Corpo eletrônico” como vítima de tratamento de dados pessoais: responsabilidade civil por danos à luz da lei de proteção de dados brasileira e o dano estético no mundo digital. In: CELLA, José Renato Graziero; BOFF, Salete Oro; OLIVEIRA, Júlia Francieli Neves de. **Direito, governança e novas tecnologias II**. Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 63-83.

CONSELHO DIRETOR DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. **Minuta de resolução relativa a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais para agentes de tratamento de pequeno porte**. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/minuta_de_resolucao___aplicacao_da_lgpd_para_agentes_de_tratamento_de_pequeno_porte.pdf/view. Acesso em: 19 de outubro de 2021.

CONSELHO DIRETOR DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. **Minuta de resolução relativa a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais para agentes de tratamento de pequeno porte.** Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/minuta_de_resolucao___aplicacao_da_lgpd_para_agentes_de_tratamento_de_pequeno_porte.pdf/view . Acesso em: 19 de outubro de 2021.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Repercussões do RGPD sobre a responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.** 2ª Edição. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020, p. 772-789.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada.** 3ª Edição. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Renovar: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** 11ª Edição, revista, atualizada e aumentada por Rui Belford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Joaçaba**, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais** – Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2019.

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

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel, RODRIGUES Jr., Rodrigo. SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). BIONI, Bruno (coord. executivo). **Traçado de Proteção de Dados Pessoais.** Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.3-20.

DONEDA, Danilo. Registro da sustentação oral no julgamento da ADI 6389, sobre a inconstitucionalidade do art. 2º, *caput* e §§1º e 3º da MP 954/2020. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/registro-da-sustentacao-oral-no-julgamento-da-adi-6389/>>. Acesso em; 11 de setembro de 2020.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle, STEIN, LÍlian Brandt. Direito fundamental à proteção de dados e responsabilidade civil. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Ano 3, 2021, p.223-24.

ECO, Umberto __. Quando o outro entra em cena. In: ECO, Umberto. **Cinco Escritos Morais**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Recor, 1.998.

ECO, Umberto. **Quale Privacy?** 22ª Conferência Internacional: "One World, One Privacy" (Veneza 28-30 de setembro de 2000). Disponível em: <http://www.privacy.it/archivio/eco20000928.html>>. Acesso em: 01 de julho 2021.

FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. **Revista Jurídica**, v.58, n. 397, p.11-20, p.11-20, novembro de 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil à luz do Código Civil brasileiro**. 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHINNI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. **Revista TST**, Brasília, vol. 76, no 1, p.17-63, jan/mar 2010.

FONTES, André. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. **Revista da EMERJ**, v. 2, n.5, p. 207-215, 1999.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção de dados pessoais – noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana, TEPEDINO, Gustavo, OLIVA, Milena Donato (coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.23-52.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro - Responsabilidade civil**. Vol. 4. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020, p. 217-236.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p.233-250.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: TEPDINO, GUSTAVO; FACHIN, Luiz Edson (coord.) *O Direito & o Tempo: embates jurídicas e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.797-825.

JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, junho, 1941, p. 548-559.

JUSTINO, Luiz Carlos da Costa. “Qual facção, vagabundo?”. **Revista Piauí**. Disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/qual-facciao-vagabundo/>. Acesso em 19 de novembro de 2020.

KREMER, Bianca. Os agentes de tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio (Organizadora). **A LGPD e o nono marco normativo no Brasil**. 1ª Edição. Porto Alegre: Arquipélago, 2020, p. 289-318.

LEWICKI, Bruno. Princípio da precaução: impressões sobre o segundo momento. In: MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 357-385.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª ed. Ver. e atual. pelo prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de, *et. al.* O necessário diálogo entre o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados para a coerência do sistema de responsabilidade civil diante das novas tecnologias. In: ROSENVALD, Nelson; MARTINS, Guilherme Magalhães (Coords.) **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 146-161.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Agentes de tratamento de dados pessoais (controlador, operador e encarregado pelo tratamento de dados pessoais). In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de, (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 279-296.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira, MORAES, Emanuele Pezati Franco de, PEROLI, Kelvin. O necessário diálogo entre o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais para a coerência da responsabilidade civil diante das novas tecnologias. In: MARTINS, Guilherme Magalhães, ROSENVALD, Nelson (Coordenadores). **Direito e Novas Tecnologias**. São Pauto: Editora Forco, 2020, p.145-183.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e responsabilidade: teoria e prática do Direito de Família**. Porto Alegre: Magister, 2010, p.17-27.

LOPES, Teresa VALE. Responsabilidade e governação das empresas no âmbito do novo Regulamento sobre a Proteção de Dados. In: F. PEREIRA COUTINHO e G. CANTO MONIZ (Coord.). **Anuário da Proteção de Dados 2018**. Lisboa: CEDIS, 2018, p. 46-69.

LOPEZ, Tereza Ancona. **Responsabilidade civil na sociedade de risco**. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc21.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em: 25 de maio de 2021.

MANUAL de legislación europea em matéria de proteción de dados. Edición de 2018. Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_es.pdf. Acesso em: 19 de novembro de 2021.

MARION, Albers. A complexidade da proteção de dados. **Direitos Fundamentais & Justiça** | Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 19-45, jul./dez. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. Introdução. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: o “diálogo das fontes”. In: MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN. Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.26-58.

MARTINS, Fernando Rodrigues; MARQUES, Cláudia Lima. Danos qualificados constitucionalmente. In: **Da estrutura à função da responsabilidade civil**: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo. GUERRA, Alexandre *et al* (coord.). PIRES, Fernando Ivo (Org.). São Paulo: Editora Foco, 2021, p.17-26.

MARTINS, Guilherme Magalhães, FALEIROS JUÍNIOR, José Luiz de Mora. Compliance digitale e responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: Rosenvald, Nelson, Martins, Guilherme Magalhães. **Direito e Novas Tecnologias**. São Pauto: Editora Forco, 2020, p. 263-297.

MARTINS, Guilherme Magalhães, FALEIROS JUÍNIOR, José Luiz de Mora. *Compliance* digital e responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: Rosenvald, Nelson, Martins, Guilherme Magalhães. **Direito e Novas Tecnologias**. São Pauto: Editora Forco, 2020, p. 263-297.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIA-CHINI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Te-

reza Arruda (coord). **Jurisdição e Direito Privado**. Estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.389-418.

MATO GROSSO. Ação trabalhista da 1ª Vara do Trabalho de Dourados/MS, processo nº 0024177-39.2021.5.24.0021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-14/juiz-aplica-lgpd-reverte-justa-causa-empregado-submetido-bafometro>. Acesso em 14 de dez. de 2021.

MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: reflexões no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo, MENDES, Laura Schertel, CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018): A caminho da efetividade**: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.118-125.

MENDES, Laura Schertel, BIONI, Bruno R. Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020, p. 792-796.

MENDES, Laura Schertel, DONEDA, Danilo. Comentário a nova lei de proteção de dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma de proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 120/2018, p. 555-587, nov-dez/2018, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, Proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, p. 555, 2018.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 120. ano 27. p. 469-483. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2018.

MENKE, Fabiano, GOULART, Guilherme Damasio. Segurança da informação e vazamento de dados. In: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel, RODRIGUES Jr., Rodrigo. SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). BIONI,

Bruno (coord. executivo). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.339-359.

MENKE, Fabiano. **As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa**. Disponível em: <https://menkeadvogados.com.br/wp-content/uploads/2020/11/MenkeAudoterminac%CC%A7a%CC%83oInformativa.pdf>. Acesso em: 26 de junho de 2021.

MENKE, Fabiano. **Os Tribunais alemães e a regra da responsabilidade civil do Regulamento Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <https://menkeadvogados.com.br/wp-content/uploads/2021/06/FINAL-Menke-GermanReport-site-MA.pdf>. Acesso em: 16 de agosto 2021.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível nº 1.0000.21.082425-6/001**. Relator: Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira. Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível, julgamento em 02/09/2021, publicação da súmula em 03/09/2021) Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10000210824256001. Acesso em: 26 de janeiro 2022.

MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno. A lei Geral de proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. In: Rosendal, Nelson, Martins, Guilherme Magalhães. **Direito e Novas Tecnologias**. São Paulo: Editora Forco, 2020, p. 53-92.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Pandemia e responsabilidade: a pessoa no centro do tabuleiro. Editorial **Revista IBERC**, v. 3, n. 3, p. V-IX, set./dez. 2020.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, ROSENVALD, Nelson. Riscos e responsabilidades na inteligência artificial e noutras tecnologias. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). **O Direito Civil na Era da Inteligência Artificial**. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020, p. 544-564.

MORAES, Maria Celina Bodin, QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilidade proativa: novos instrumento de tutela da pessoa humana na LGPD. **Cadernos Adenauer XX** (2019), nº 3, Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2019. ISBN 978-85-7504-4

MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do Direito Civil e seus reflexos sobre a responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.121-148.

MORAES, Maria Celina Bodin. Apresentação à Rodotà. In: RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin. Constituição e Direito Civil: tendências. In: MORAES, Maria Celina Bodin. **Na Medida da Pessoa Humana**: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 43-54.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. LGPD: um novo regime de responsabilização dito proativo. **Editorial à Civilística.com**. Rio de Janeiro: a.8, n. 3, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2020/04/Editorial-civilistica.com-a.8.n.3.2019-2.pdf>. Acesso em: 05 de setembro de 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin. Princípio da solidariedade. In: MORAES, Maria Celina Bodin. **Na Medida da Pessoa Humana**: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.237-265.

MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana**: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.381-421.

MORAES, Maria Celina Bodin. Do juiz boca –da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do sec. XXI. **Revista dos Tribunais**. Revista de Direito Privado, v. 14, n. 56, out./dez 2013, p.11-20.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio, KREMER, Bianca. Responsabilidade civil por danos causados pela violação do princípio da igualdade no tratamento de dados pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). **O Direito Civil na Era da Inteligência Artificial**. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020, p.564-583.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 19, n. 3, p. 159-180, 29 dez. 2018.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. O tratamento de dados pessoais sensíveis. In: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio (Organizadora). **A LGPD e o**

nono marco normativo no Brasil. 1ª Edição. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Responsabilidade civil indireta dos provedores de serviço de internet e sua regulação no Marco Civil da Internet. In: **Direito e novas tecnologias** [Recurso eletrônico on-line], organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: José Renato Gaziero Cella, Aires Jose Rover, Valéria Ribas Do Nascimento – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 479-502.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados pessoais sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018). In: ROSENVALD, Nelson; MARTINS, Guilherme Magalhães (Coords.) **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 109-124.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro**: processo de um racismo mascarado. São Paulo: Perspectiva, 2016.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Sequência – Revista do Curso de Pós – Graduação em Direito da UFSC**, v.19, n. 37, p. 21-37, 1998.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. Revista dos Tribunais, Ano 17, p.13-47, abril-junho/1993.

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. Revista dos Tribunais on line, vol.93/2014, p. 13-28, maio-jun/2014.

OLIVEIRA, Fabrício de Souza, SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. O *compliance* na era da ESG: uma resposta a Sean J. Griffith. In: PINHEIRO, Caroline da Rosa (coord.). **Compliance entre a teoria e a prática** – reflexões contemporâneas e análise dos programas de integridade das companhias listadas no novo mercado São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 106-118.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 10ª Edição revista e atualizada por TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: GZ /editora, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <<http://civillistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoes-privadas/>>. Acesso em: 08 de fev. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade Constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em português. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 135, p. 541-562, 2017.

QUEIROZ, João Quinelato de. **Responsabilidade civil na rede: danos e liberdade à luz do marco civil da internet**. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

RIBEIRÃO PRETO. São Paulo. **Processo nº 1007913-21.2021.8.26.0506**. 7ª Vara Cível. Juiz: thomaz Carvalhaes Ferreira. Data da sentença: 24.01.2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1007913-21.2021.8.26.0506&cdProcesso=E2000KLAJ0000&cdForo=506>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2022.

RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Apelação Cível 0045559-71.2020.8.19.0002**. Des(a). Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 03/02/2022. Órgão Julgador: 26ª Câmara Cível. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcache-web/default.aspx?UZIP=1&GE-DID=00045219436A08ED84516CC6E437C52123DEC5105E482909>. Acesso em: 10 de fev. 2022.

RODOTÀ, Stefano. A antropologia do *homo dignus*. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, jan.-mar./2017. Disponível em: <http://civilistica.com/a-antropologia-do-homo-dignus/>. Acesso em: 22 de jul. 2021.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje**. Organização, apresentação e seleção de MORAES, Maria Celina Bodin. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução Carlos Nelson de Paula Konder. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018.

RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Traducción de José Manuel Revuelta. Itália: Editorial Trotta, 2014, Capítulo VI, Capítulo X.

RODOTÀ, Stefano. **Entrevista com Stefano Rodotà**. Publicada originalmente na Revista Trimestral de Direito Civil, v. 3, n. 11, jul-set 2002, p. 225–308. Disponível em: www.doneda.net/2017/06/23/entrevista-com-stefano-rodota/. Acesso em: 24 de fev 2021.

RODOTÀ, Stefano. **Palestra Direito e Globalização**. Tradução: Myriam de Filippis. Rio de Janeiro, 20 de março de 2003. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaoDireito.pdf>. Acesso em: 05 de jul. 2021.

RODOTÀ, Stefano. Transformações do Corpo. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Editora Padma. Vol.19, p.91-107, Jul/Set 2004.

ROSENVALD, Nelson. **A polissemia da responsabilidade civil na LGPD**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/GAPRI/INFORMATIVO-LGPD-OFICIAL.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2020.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O aspecto multifacetado da responsabilidade objetiva e as oscilações jurisprudenciais na aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. In: ROSENVALD, Nelson, MILAGRES, Marcelo (Coordenadores). **Responsabilidade civil: novas tendências**. São Paulo: Editora Foco, 2017, p. 261-271.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 3.55.607400-0**, Relator: De Santi Ribeiro, Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado Data de Julgamento: 02/07/2009, Data de Publicação: 18/08/2009. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/707083602/apelacao-civel-ac-507225120048260114-sp-0050722-5120048260114/inteiro-teor-707083625> . Acesso em: 30 de nov. 2021.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 1005347-71.2020.8.26.0268**, da Comarca de Itapeverica da Serra. Relatora: Lígia Araújo Bisogni. Orgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 08.11.2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15189582&cdForo=0>. Acesso em: 26 de jan. 2022.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 1024481-61.2020.8.26.0405**. Rel. L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 23/08/2021. <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1271433036/apelacao-civel-ac-10244816120208260405-sp-1024481-6120208260405>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 1008308-35.2020.8.26.0704**. Rel. Alfredo Attié. Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 16.11.2021. <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?sessionId=E75782EBD2A2E773BB53F490553122FE.cjsg2?conversationId=&cdAcordao=15191762&cdForo=0>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 1025226-41.2020.26.0405**. Rel. João Camillo de Almeida Prado Costa. Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 10/09/2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15000606&cdForo=0>. Acesso em: 26 de janeiro 2022.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 1003203-67.2021.8.26.0405**. Rel. Campos Petroni. Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 29/06/2021) Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1239620993/apelacao-civel-ac-10032036720218260405-sp-1003203-6720218260405>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 1000407-06.2021.8.26.0405**, da Comarca de Osasco. Relator: Soares Levada. Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 16.08.2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14934434&cdForo=0>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 1014245-32.2019.8.26.0196**. Relatora: Daise Fajardo Nogueira Jacot. Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado. Foro de Franca - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/11/2021. Data de Registro: 26/11/2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1328395595/apelacao-civel-ac-10142453220198260196-sp-1014245-3220198260196/in-teiro-teor-1328396123>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 1000406-21.2021.8.26.0405** da Comarca de Osasco. Relator: Pedro Baccarat. Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 13.10.2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15118728&cdForo=0>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 1025180-52.2020.8.26.0405**, da comarca de Osasco. Relator: Arantes Theodoro. Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 26.08.2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14957864&cdForo=0>. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Recurso Inominado nº 1002694-39.2021.8.26.0405**. Órgão Julgador: 2ª Turma Cível do Colégio Recursal –Osasco. Rel. André Luiz Tomasi de Queiroz. Data do julgamento: 25.06.2021). Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1237604277/recurso-inominado-civel-ri->

10026943920218260405-sp-1002694-3920218260405/inteiro-teor-1237604297. Acesso em: 26 de janeiro de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988**: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: O direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel, RODRIGUES Jr., Rodrigo. SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). BIONI, Bruno (coord. executivo). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.3-20.

SARMENTO Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**- conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil. **RTDC- Revista Trimestral de Direito Civil**: Editora Padma, vol.22, abr./jun., p. 45-69, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros tradicionais à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SHCREIBER, Anderson. **Marco Civil da internet**: Avanço ou retrocesso: A responsabilidade civil por dado derivado do conteúdo gerado por terceiro. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/artigo-marco-civil-internet.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2021.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel, RODRIGUES Jr., Rodrigo. SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). BIONI, Bruno (coord. executivo). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 317-359.

SGARBI, Adrian. **Curso de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 212: 89-94, abr./jun.1998.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo. Editora Malheiros: São Paulo, 1997.

SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. **Revista da AJURIS** – Porto Alegre, v. 47, n. 149, p.383-408, Dezembro, 2020.

SOUZA Carlos Affonso. Responsabilidade civil de provedores na rede: Análise de aplicação do marco civil da internet pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v.1, n.1, p. 01-28, nov.-fev./2019.

SOUZA, Carlos Afonso Pereira de. Segurança e sigilo dos dados pessoais: primeiras impressões à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020, p.413-437.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil: Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan./abr. 2017.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd/>>. Data de acesso: 04 de set. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: continuando o debate, controvérsias sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). **Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares**. Foco: São Paulo, 2019, p.136-160.

TEIXEIRA, Tarcísio, ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. Ressarcimento e responsabilidade por danos por violação às regras previstas na LGPD: um cotejamento com o CDC. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de, (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 279-296.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOSA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo, MORAES, Maria Celina Bodin, LEWICKI. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. Editorial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 013, 2003.

TEPEDINO, Gustavo, TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. **Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil**, v.25, p. 83-116, jul/set. 2020.

TEPEDINO, Gustavo, TERRA, Aline de Miranda Valverde, GUEDES, Gisela Sampaio. **Fundamentos do Direito Civil – Responsabilidade Civil**. Vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito Civil**. 3ª Edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 191-216.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito Civil**. 3ª Edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-57.7

Tepdino, Gustavo. Estações do Direito Civil – Editorial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 30, p. 11-14, out./dez. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Nexo de causalidade: anotações sobre suas teorias e análise de controvertida casuística no Direito brasileiro. In: BARBOSA, Mafalda Miranda, MUNIZ, Francisco (coord.). **Responsabilidade civil -50 anos em Portugal, 15 anos no Brasil**. São Paulo: Editora Jus Podvum, 2017, p. 303-325.

TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. Editorial. **RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 24, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stéfano Rodotá**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p.17-35.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial e elementos da responsabilidade civil. In: FRAZÃO, Ana; MULHLLAND, Caitlin Sampaio (coord.). **Inteligência artificial e Direito: Ética, regulação e responsabilidade**. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020, p.295-325.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Hackeamento de dados pessoais e responsabilidade do fornecedor: releitura do CDC pela óptica da LGPD**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/348292/hackeamento-de-dados-pessoais-e-responsabilidade-do-fornecedor>. Acesso em: 05 de ago. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO** de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>.

Acesso em 19 de set. de 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **REGULAMENTO (UE) 2016/680 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO** de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&rid=1>
Acesso em: 10 de nov. 2021.

WIMMER. Miriam. Interfaces entre proteção de dados e segurança da informação: um debate sobre a relação entre direito e tecnologia. In: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Vilas Bôas (Coords). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018):** a caminho da efetividade – contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020, p. 127-144.

ZUBOFF, Shoshana. “Big Other”: Capitalismo de vigilância e perspectiva para uma civilização da informação. In: BRUNO, Fernanda, et al (organização). **Tecnopolíticas da vigilância:** perspectivas da margem Tradução Heloísa Cardoso Mourão, et. al. 1ª Edição, 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2018.