

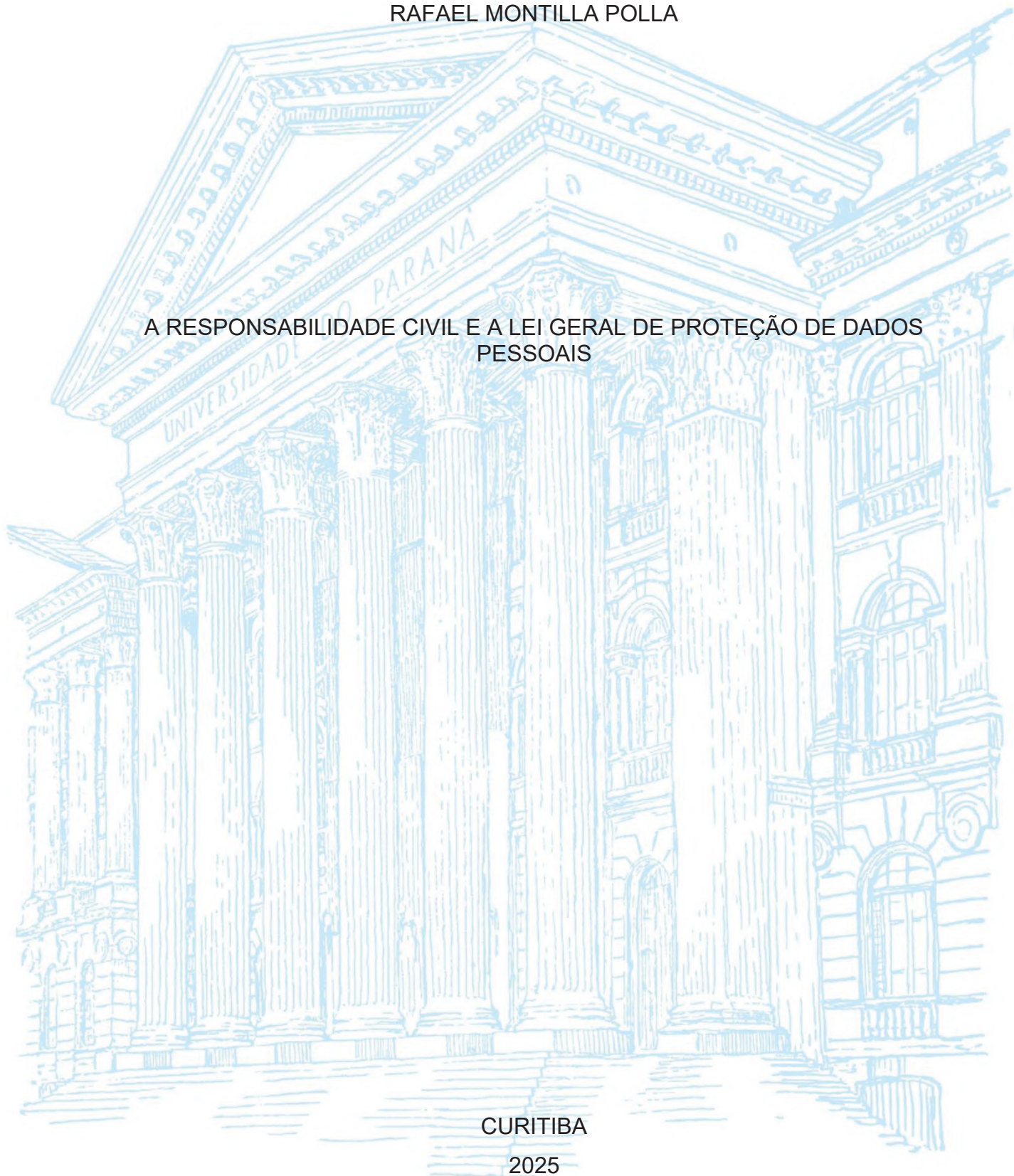
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAFAEL MONTILLA POLLA

A RESPONSABILIDADE CIVIL E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS
PESSOAIS

CURITIBA

2025



RAFAEL MONTILLA POLLA

A RESPONSABILIDADE CIVIL E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS
PESSOAIS

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

2025

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Polla, Rafael Montilla

A responsabilidade civil e a lei geral de proteção de dados pessoais / Rafael Montilla Polla. – Curitiba, 2025.
1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Rodrigo Xavier Leonardo.

1. Proteção de dados. 2. Responsabilidade (Direito).
3. Direito digital. 4. Direito à privacidade. I. Leonardo, Rodrigo Xavier. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA Nº594

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e dois de abril de dois mil e vinte e cinco às 14:30 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, PPGD UFPR - Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **RAFAEL MONTILLA POLLA**, intitulada: **A RESPONSABILIDADE CIVIL E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**, sob orientação do Prof. Dr. RODRIGO XAVIER LEONARDO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: RODRIGO XAVIER LEONARDO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), FABIANO MENKE (UNIVER. FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL), ADRIANA ESPINDOLA CORREA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, RODRIGO XAVIER LEONARDO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: Aprovado, com sugestão de publicação, após as alterações sugeridas pela banca.

CURITIBA, 22 de Abril de 2025.

Assinatura Eletrônica

24/04/2025 08:47:15.0

RODRIGO XAVIER LEONARDO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

09/05/2025 16:13:34.0

FABIANO MENKE

Avaliador Externo (UNIVER. FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL)

Assinatura Eletrônica

24/04/2025 15:34:51.0

ADRIANA ESPINDOLA CORREA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **RAFAEL MONTILLA POLLA**, intitulada: **A RESPONSABILIDADE CIVIL E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**, sob orientação do Prof. Dr. RODRIGO XAVIER LEONARDO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 22 de Abril de 2025.

Assinatura Eletrônica

24/04/2025 08:47:15.0

RODRIGO XAVIER LEONARDO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

09/05/2025 16:13:34.0

FABIANO MENKE

Avaliador Externo (UNIVER. FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL)

Assinatura Eletrônica

24/04/2025 15:34:51.0

ADRIANA ESPINDOLA CORREA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

AGRADECIMENTOS

Nada surge do nada, especialmente quando se trata de conhecimento. Este trabalho, tal qual uma conjunção de esferas que origina algo novo, é a confluência de inspirações, ideias e aprendizados.

Concluir mais uma etapa da minha formação na Universidade Federal do Paraná é motivo de muito orgulho e honra. E isso jamais seria possível sem o apoio e a contribuição de tantas pessoas importantes na minha vida.

Antes de mais nada, preciso agradecer aos maiores responsáveis por possibilitar esta jornada: meus pais. Definitivamente, sem meus pais, meus primeiros professores, todos os caminhos e conquistas alcançados até aqui não seriam realidade.

Gracia e Geraldo, todo o amor, carinho e apoio que vocês me deram foi fundamental. Desde sempre fui incentivado a ser curioso, a querer aprender mais e compreender as coisas por várias perspectivas. Também foram meus primeiros professores, não só pelas lições da vida, mas por me permitirem conhecer universos alcançáveis somente por meio de outras línguas. O que cabe nestas páginas é somente um *gracias* e um *grazie* pelas experiências vividas com outras culturas e o acesso a outros conhecimentos, indissociáveis de quem sou e o que sei.

Ao meu irmão e melhor amigo, Bruno, agradeço pelas conversas e companhia preciosa. Sua inquietude, determinação e forma única de ver o mundo e o outro são fontes de inspiração diária.

Agradeço ao meu orientador, professor Rodrigo Xavier Leonardo, pela leitura atenta desta dissertação e pelo tanto que me ensinou, ensina e ainda me ensinará. A minha trajetória acadêmica não seria a mesma sem sua contribuição valiosa.

Além de motivo de orgulho e honra, a UFPR faz parte da minha vida desde 2014, quando subi pela primeira vez a famosa escadaria do prédio histórico e iniciei a graduação. Foi nessa instituição que tive mestres incríveis com os quais tudo aprendi: José Antônio Peres Gediel, Rodrigo Xavier Leonardo, Eroulths Cortiano Junior, Luís Fernando Lopes Pereira, Estefânia Barboza, Melina Girardi Fachin, Vicente Ataíde Junior e tantos outros. Não só me formei em Direito, mas me formei um ser humano melhor por todos os aprendizados jurídicos e não jurídicos.

Também foi a UFPR, por meio do programa de mobilidade acadêmica, que me permitiu frequentar a *Università di Bologna*, etapa determinante na minha formação.

Justamente lá, em 2018, no borbulhar das discussões e na iminência da entrada em vigor das normas sobre proteção de dados na Europa, que tive o primeiro contato com o tema. Lembro com carinho das aulas da professora Giusella Finocchiaro, a quem agradeço imensamente.

Devo agradecer mais uma contribuição da UFPR, que foi ter propiciado o encontro com grandes amigos: Rick Daniel Pianaro, Murilo Taborda Ribas, Pedro Franco, Pedro Henrique Costa, Matheus Gugelmin, Leonardo Catto, Rafael Stremel, Gabriel Percegoni, Kim Emmanuel, Erick Nakamura, Jorge Anorocho e Carol Uscocovich.

E um agradecimento especial, por fim, aos amigos que estão ao meu lado desde sempre, com quem já compartilhei tantos momentos e que me aguentam até hoje: Pedro Jamur, Vitor Lacerda, Marcos Antônio, Erik Akiyama, Sergio Formenti, Amanda Schneider, Pedro Belli, Ana Carolina, Andressa Almeida, Vinicius Pertel e Matheus Fraiz.

RESUMO

A responsabilidade civil no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e a forma como ordenamento jurídico brasileiro responde a incidentes de segurança e violações no tratamento de dados pessoais traz impactos significativos aos indivíduos. Isso decorre da crescente centralidade dos dados na sociedade contemporânea e da evolução das legislações voltadas à sua proteção, em especial pelo impacto das transformações tecnológicas e o aumento dos riscos associados ao uso indevido de dados pessoais. Destaca-se que os dados não apenas representam o indivíduo na sociedade, mas também constituem aspectos fundamentais de sua identidade e autonomia, justificando a proteção jurídica para garantir liberdade e dignidade. A partir da análise bibliográfica, da legislação e de seis casos, este estudo examinou os pressupostos da responsabilidade civil e as suas interlocuções com as inovações no contexto normativo da proteção de dados pessoais. Inicialmente, a pesquisa (1) aborda as transformações no conceito de privacidade e a relação entre dados pessoais e direitos da personalidade. Além disso, contextualiza a LGPD no cenário brasileiro, evidenciando suas semelhanças e diferenças em relação ao Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, com ênfase na estrutura normativa, nos princípios e nos mecanismos de responsabilização. Em seguida, (2) examina os pressupostos da responsabilidade civil – culpa, nexo causal e dano – considerando sua adaptação ao contexto tecnológico atual, destacando o dever de proteção dos agentes de tratamento de dados de adotar medidas preventivas para evitar danos aos titulares. O estudo também (3) analisa seis casos relevantes, como o julgamento do Caso C-667/21 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e o Recurso Especial nº 2.147.374 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que interpretaram a responsabilidade civil em cenários de incidente de segurança envolvendo dados pessoais. A dissertação contribui para a reflexão sobre a aplicação prática da LGPD, propondo interpretações que consolidem a segurança jurídica e aprimorem a proteção dos dados pessoais em um ambiente digital complexo. Visto que a responsabilidade civil surge como um mecanismo essencial para a reparação de danos causados por violações à proteção de dados pessoais, a pesquisa conclui que um regime jurídico equilibrado é necessário para a proteção de direitos fundamentais sem comprometer a inovação tecnológica. Nesse sentido, defendeu-se que a responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida se apresenta como a mais coerente e adequada ao ordenamento jurídico, tendo em vista as considerações sobre culpa, nexo causal e dano, aliadas às disposições normativas sobre proteção de dados pessoais. Embora a LGPD represente um avanço significativo, ainda enfrenta desafios como a efetividade de sua aplicação e a necessidade de maior clareza em pontos específicos, como o regime de responsabilidade civil adotado e a exigência de comprovação de danos para reparação. Conclui-se que, embora a LGPD seja um marco importante, a consolidação de uma cultura de proteção de dados no Brasil ainda exige esforços contínuos na aplicação normativa, na conscientização social e no aprimoramento regulatório, fornecendo subsídios para o desenvolvimento jurídico e a promoção de uma sociedade mais segura e justa.

Palavras-chave: 1. Proteção de dados pessoais; 2. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD); 3. Responsabilidade civil; 4. Direito digital; 5. Privacidade e tecnologia.

ABSTRACT

Civil liability in the context of the Brazilian General Data Protection Law (LGPD) and the way the Brazilian legal system responds to security incidents and violations in the processing of personal data has significant impacts on individuals. This is due to the increasing centrality of data in contemporary society and the evolution of legislation aimed at its protection, especially considering the impact of technological transformations and the growing risks associated with the misuse of personal data. It is emphasized that data not only represents individuals in society but also constitute fundamental aspects of their identity and autonomy, thereby justifying legal protection to ensure freedom and dignity. Based on bibliographic research, legislation, and the analysis of six cases, this study examines the elements of civil liability and its intersections with recent developments in the normative framework for personal data protection. Initially, the research (1) addresses the transformations in the concept of privacy and the relationship between personal data and personality rights. It also contextualizes the LGPD within the Brazilian legal system, highlighting its similarities and differences in comparison to the European Union's General Data Protection Regulation (GDPR), with a focus on its normative structure, principles, and liability mechanisms. Next, it (2) examines the elements of civil liability – fault, causal link, and damage – considering their adaptation to the current technological context and emphasizes the duty of data controllers and processors to adopt preventive measures to avoid harm to data subjects. The study also (3) analyzes six relevant cases, including the judgment of Case C-667/21 by the Court of Justice of the European Union (CJEU) and Special Appeal No. 2,147,374 by the Brazilian Superior Court of Justice (STJ), both of which interpreted civil liability in scenarios involving personal data breaches. This work contributes to the debate on the practical application of the LGPD by proposing interpretations that consolidate legal certainty and enhance the protection of personal data in a complex digital environment. Given that civil liability serves as an essential mechanism for remedying damage caused by personal data breaches, the research concludes that a balanced legal regime is necessary to safeguard fundamental rights without hindering technological innovation. In this regard, the study argues that a liability regime based on a rebuttable presumption of fault is the most coherent and adequate model within the Brazilian legal framework, based on the analysis of fault, causal link, and damage, alongside the normative provisions on data protection. Although the LGPD represents a significant legal milestone, it still faces challenges related to the effectiveness of its enforcement and the need for greater clarity on specific issues, such as the applicable liability regime and the requirement to prove actual damages for compensation. The conclusion is that, while the LGPD marks important progress, the consolidation of a data protection culture in Brazil still requires continuous efforts in regulatory enforcement, public awareness, and legal refinement, providing support for legal development and the promotion of a safer and fairer society.

Keywords: 1. Personal data protection; 2. General Data Protection Law (LGPD); 3. Civil liability; 4. Digital law; 5. Privacy and technology.

RIASSUNTO

La responsabilità civile nel contesto della Legge Generale sulla Protezione dei Dati Personali del Brasile (LGPD) e il modo in cui l'ordinamento giuridico brasiliano risponde agli incidenti di sicurezza e alle violazioni nel trattamento dei dati personali comportano impatti significativi per gli individui. Ciò deriva dalla crescente centralità dei dati nella società contemporanea e dall'evoluzione delle normative destinate alla loro protezione, in particolare per l'impatto delle trasformazioni tecnologiche e l'aumento dei rischi legati all'uso improprio dei dati personali. Si sottolinea che i dati non solo rappresentano l'individuo nella società, ma costituiscono anche aspetti fondamentali della sua identità e autonomia, giustificando una protezione giuridica orientata a garantire libertà e dignità. Attraverso l'analisi bibliografica, della legislazione e di sei casi, questo studio ha esaminato i presupposti della responsabilità civile e le sue interconnessioni con le innovazioni nel contesto normativo della protezione dei dati personali. Inizialmente, la ricerca (1) affronta le trasformazioni nel concetto di privacy e la relazione tra dati personali e diritti della personalità. Inoltre, contestualizza la LGPD nello scenario brasiliano, evidenziando somiglianze e differenze rispetto al Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) dell'Unione Europea, con enfasi sulla struttura normativa, sui principi e sui meccanismi di responsabilizzazione. Successivamente, (2) esamina i presupposti della responsabilità civile – colpa, nesso causale e danno – considerandone l'adattamento al contesto tecnologico attuale e ponendo in rilievo il dovere degli agenti di trattamento di adottare misure preventive volte a evitare danni ai soggetti interessati. Lo studio analizza inoltre (3) sei casi rilevanti, tra cui la sentenza della Causa C-667/21 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) e il Ricorso Speciale n. 2.147.374 del Tribunale Superiore di Giustizia brasiliano (STJ), che hanno interpretato la responsabilità civile in scenari di trattamento illecito dei dati personali. La dissertazione contribuisce alla riflessione sull'applicazione pratica della LGPD, proponendo interpretazioni che consolidino la sicurezza giuridica e migliorino la protezione dei dati personali in un ambiente digitale complesso. Poiché la responsabilità civile emerge come meccanismo essenziale per il risarcimento dei danni causati da violazioni alla protezione dei dati personali, la ricerca conclude che è necessario un regime giuridico equilibrato per proteggere i diritti fondamentali senza compromettere l'innovazione tecnologica. In questo senso, si sostiene che la responsabilità civile soggettiva con presunzione di colpa sia la più coerente e adeguata all'ordinamento giuridico, considerando le valutazioni su colpa, nesso causale e danno, insieme alle disposizioni normative in materia di protezione dei dati. Sebbene la LGPD rappresenti un progresso significativo, affronta ancora sfide come l'efficacia della sua applicazione e la necessità di maggiore chiarezza su punti specifici, tra cui il regime di responsabilità civile adottato e il requisito di prova del danno per il risarcimento. Si conclude che, pur costituendo un importante punto di riferimento, la piena affermazione di una cultura della protezione dei dati in Brasile richiede ancora sforzi continui nell'attuazione normativa, nella sensibilizzazione sociale e nel perfezionamento regolatorio, offrendo strumenti per lo sviluppo giuridico e la promozione di una società più sicura e giusta.

Parole chiave: 1. Protezione dei dati personali; 2. Legge Generale sulla Protezione dei Dati (LGPD); 3. Responsabilità civile; 4. Diritto digitale; 5. Privacy e tecnologia.

LISTA DE SIGLAS

ADI	- Ação Direita de Inconstitucionalidade
AGU	- Advocacia-Geral da União
ANPD	- Agência Nacional de Proteção de Dados
CC	- Código Civil
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CDFUE	- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
EC	- Emenda Constitucional
EDPB	- <i>European Data Protection Board</i>
GDPR	- <i>General Data Protection Regulation</i>
IA	- Inteligência artificial
IBGE	- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LGPD	- Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
OCDE	- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
RE	- Recurso Extraordinário
REsp	- Recurso Especial
RGPD	- Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TFUE	- Tratado sobre o funcionamento da União Europeia
TJSP	- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJUE	- Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	- União Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	19
2.1 NOÇÕES DE PROTEÇÃO E TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS	19
2.2 A TRAJETÓRIA EUROPEIA NA PROTEÇÃO DE DADOS.....	31
2.2.1 GDPR: estrutura e princípios.....	47
2.3 PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL: DA FRAGMENTAÇÃO À CONSOLIDAÇÃO	55
2.3.1 LGPD: estrutura e princípios	65
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA ERA DOS DADOS	73
3.1 COMPLEXIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA NO TRATAMENTO DE DADOS...	73
3.2 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	87
3.2.1 Culpa e risco	98
3.2.2 Nexo causal.....	111
3.2.3 Dano.....	130
3.3 O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD.....	141
4 CASOS EMBLEMÁTICOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	159
4.1 CULPA E PROTEÇÃO DE DADOS	160
4.1.1 Caso C-667/21 (TJUE).....	160
4.1.2 REsp 2.147.374/SP (STJ)	164
4.2 NEXO CAUSAL E PROTEÇÃO DE DADOS.....	169
4.2.1 Caso C-340/21 (TJUE).....	169
4.2.2 REsp 2.077.278/SP (STJ)	173
4.3 DANO E PROTEÇÃO DE DADOS.....	177
4.3.1 Caso C-687/21 (TJUE).....	177
4.3.2 AREsp 2.130.619/SP (STJ).....	183
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	188
REFERÊNCIAS.....	190

1 INTRODUÇÃO

Inovativa em seu tempo, a frase “*data is the new oil*”¹ foi repetida à exaustão para explicar a atual realidade socioeconômica do mundo. Apesar da repetição, ela auxilia na compreensão da nova realidade experimentada, especialmente, desde o início do Século XXI.

Essa transformação não foi repentina. O desenvolvimento tecnológico e econômico é reflexo das mudanças que tiveram lugar na última década do século XX. O fim da Guerra Fria, a revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação, a interdependência global de diferentes economias ao redor do mundo. Mudanças que já estavam em andamento antes disso, mas aceleraram o ritmo e afetaram a organização e relação entre Estado, economia e sociedade².

Essa forma de organização social é referida como a “Sociedade em Rede”³. Nessa sociedade, redes digitais e conexões globais são os principais mecanismos de organização econômica, social, cultural e política. Ao contrário das estruturas hierárquicas tradicionais, a sociedade em rede caracteriza-se por uma organização descentralizada e flexível, onde as informações fluem rapidamente entre pessoas, grupos e instituições⁴.

Assim, nas últimas décadas, o desenvolvimento econômico influenciado pela tecnologia foi marcado por características singulares que o diferenciam de outros

¹ A frase teria sido cunhada pelo matemático e cientista de dados Clive Humby em 2006.

² CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação**: economia, sociedade e cultura, vol. 1: a Sociedade em Rede. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2011, p. 39.

³ Em entrevista concedida para Harry Kreisler da *University of California Berkeley*, Manuel Castells assim definiu o termo “sociedade em rede”: “[...] *The Network Society itself it's in fact the social structure which is characteristic of what people had been calling for years the Information Society or Post-Industrial Society. Both Post-Industrial Society and Information Society are descriptive terms that do not provide the substance that are not analytical enough so it's not a matter of changing words it's providing substance. And the definition, if you wish, in concrete terms of a Network Society is a society where the key social structures and activities are organized around electronically processed information networks so it's not just about networks or social network because social networks had been very old forms of social organization it's about social networks which process and manage information and are using microelectronic based technologies*” (University of California Television (UCTV). **Conversations with History: Manuel Castells**. YouTube, 15 de fev. 2008, 17'40”. Disponível em: youtu.be/0GBB7U5mv0w?si=PQRbqiZuOO8wMyNC&t=1180. Acesso em: 02 nov. 2024).

⁴ Entretanto, atualmente é possível observar uma alteração desse aspecto de “organização descentralizada”. Isso ocorre porque, cada vez mais, o domínio e coleta de dados pessoais centraliza-se sob o poder de poucas empresas, especialmente do setor tecnológico e de redes sociais, que passam a exercer mais influência política, econômica e social.

momentos históricos. É o que também se identifica como economia da informação pessoal⁵.

Nessa economia, se observou que um dos vetores principais da evolução tecnológica, dos investimentos e do desenvolvimento econômico foi, justamente, a produção e utilização crescente de dados e de *software*. Esse fenômeno é denominado de *data-driven innovation* ou *data-driven economy*⁶, isto é, inovação ou economia dirigidas/orientadas por dados.

Os dados tornam-se *commodities* e, assim como o petróleo bruto, são valiosos⁷. No entanto, para adquirirem utilidade devem ser refinados e analisados em um contexto específico. Dessa forma, o valor dos dados é constatado em dois momentos: 1) quando os dados são transformados em conhecimento e 2) quando são usados para a tomada de decisões⁸.

A própria economia da informação pessoal parece estar passando por uma transição: da *data-driven innovation* para a *data dependency*. Os dados deixaram de apenas “dirigir” o progresso econômico para se tornarem elementos indispensáveis ao funcionamento básico da sociedade, incluindo a inovação tecnológica, uma vez que a relação de complementação evoluiu para uma de dependência⁹.

⁵ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 84.

⁶ “*The use of data and analytics to improve or foster new products, processes, organisational methods and markets – which is referred to hereafter as “data-driven innovation” (DDI) – is a new source of growth [...] DDI should be seen in a broader social and economic context in which knowledgebased capital (KBC) increasingly forms the foundation of 21st century knowledge economies, with data and software as one key pillar*” (OCDE. **Data-Driven Innovation**: Big Data for Growth and Well-Being. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en>. Acesso em: 04 nov. 2024, p. 21).

⁷ A expansão da comparação dos dados com petróleo é atribuída à Michael Palmer da *Association of National Advertisers*.

⁸ “*Data-driven decision making – The value of data is mainly reaped at two moments: first when data are transformed into knowledge (gaining insights), and then when they are used for decision making (taking action). Decisions taken can in turn lead to more or different data generated and thus trigger a new data value cycle*” (OCDE, 2015, p. 32).

⁹ “*Tuttavia, quella fase è superata: ormai la dimensione di raccolta, disponibilità, sfruttamento, messa a disposizione, condivisione dei dati è coesistente per garantire la vita ordinaria delle società contemporanee. L’innovazione passa per lo sfruttamento dei dati perché dipendiamo dai dati in tutti gli aspetti della nostra vita (compresa l’innovazione tecnologica) [...] Le persone dipendono dalla circolazione dei dati e delle informazioni attraverso la Rete e i social media*” (CALZOLAIO, Simone. Vulnerabilità della società digitale e ordinamento costituzionale dei dati. **Rivista italiana di informatica e diritto**, v. 5, n. 2, p. 13-33, 2024, p. 18).

De toda forma, o que se deve ter em mente é que, como é próprio da sociedade em rede, o desenvolvimento das tecnologias ocorre em ritmo acelerado. O resultado são transformações constantes nos meios e nas técnicas de produção. O surgimento e disseminação da internet intensificaram esse fenômeno ao facilitar a troca de informações em tempo real e inauguraram um novo espaço de interações sociais¹⁰.

A tecnologia está presente nos mais variados detalhes da vida cotidiana. Um exemplo, são os objetos que possuem conexão com a internet ou com outros objetos (*internet of things*). Além disso, há assistentes virtuais com os quais é possível, literalmente, falar e fazer perguntas. Outro exemplo, são os dispositivos vestíveis (*wearables*), como relógios, pulseiras, anéis e óculos, que monitoram diversos dados de uma pessoa e, a partir disso, identificam padrões, oferecem personalizações e fazem sugestões específicas¹¹.

A tecnologia móvel e, especialmente, a popularização dos *smartphones* também é fundamental no contexto de transformação digital. Esses dispositivos são ferramentas indispensáveis na vida moderna, pois aumentaram a conectividade entre as pessoas, facilitaram o acesso a qualquer informação rapidamente, são de fácil transporte e auxiliam a produtividade no ambiente de trabalho, bem como são instrumentos de inclusão digital.

Conforme dados da *GSM Association*, em 2023, havia 5,6 bilhões de usuários únicos de plano de internet móvel, o que corresponde a 69% da população mundial, e contribuiu com 5,4% do PIB mundial, equivalente a U\$ 5,7 trilhões.

Ou seja, é expressiva a presença de *smartphones* conectados ao redor do mundo e o seu impacto econômico. Na mesma pesquisa foram identificadas as atividades dos usuários de telefonia móvel, em uma amostra de 5,44 bilhões de

¹⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 18-22.

¹¹ Uma perspectiva crítica desse fenômeno é desenvolvida por Shoshana Zuboff que cunhou o termo “capitalismo de vigilância”. Segundo a autora, seria uma nova lógica de acumulação de dados objetivos e subjetivos de indivíduos e seus hábitos para a finalidade de conhecer, controlar e modificar o comportamento para produzir novas variedades de mercantilização, monetização e controle (“*logic of accumulation that produces hyperscale assemblages of objective and subjective data about individuals and their habitats for the purposes of knowing, controlling, and modifying behavior to produce new varieties of commodification, monetization, and control*” (ZUBOFF, Shoshana. Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. **Journal of Information Technology**, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015, p. 85). A crítica foi expandida em ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

pessoas: 68% visitam redes sociais, 66% assistem vídeos, 65% fazem chamadas de vídeo, 62% leem notícias, 50% fazem compras *online*, dentre outros usos¹². Nota-se que são atividades que geram diversos dados e informações valiosas sobre o comportamento e hábitos do indivíduo e do consumidor.

Com base nas informações da mesma organização, os números da América Latina também são significantes. Em 2023, 465 milhões de pessoas possuíam plano de internet móvel, equivalente a 72% da população da América Latina, o que contribuiu com 8% do PIB da região, equivalente a U\$ 520 bilhões¹³.

Especificamente no Brasil, o IBGE constatou em 2023, por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, que 92,5% de domicílios tinham acesso à internet (72,5 milhões) e 96,7% tinham telefone celular¹⁴. Além disso, em 2023, 88% da população do país acima de dez anos de idade havia utilizado a internet nos últimos três meses antes da entrevista, em números absolutos são 164,5 milhões de pessoas. Dessa parcela, 98,8% informaram que o acesso à internet foi por meio do telefone celular¹⁵.

Isso demonstra como o telefone celular é a principal fonte de dados pessoais, uma vez que é um aparelho multifunção, quase sempre conectado à internet e capaz de produzir diversos dados, por exemplo, localização e comunicação em tempo real, tempo de uso e interesses.

Em outras palavras, o ambiente digital já é uma realidade, além da expressiva presença tecnológica no cotidiano.

Entretanto, ainda há muitos desafios. Existem dúvidas sobre os limites e as consequências da influência digital sobre a sociedade. Além disso, a tecnologia

¹² GSM Association. **The Mobile Economy 2024**. [S.l.]: GSMA, 2024. Disponível em: <https://www.gsma.com/solutions-and-impact/connectivity-for-good/mobile-economy>. Acesso em: 04 out. 2024.

¹³ GSM Association. **A Economia Móvel na América Latina**. [S.l.]: GSMA, 2024. Disponível em: <https://www.gsma.com/solutions-and-impact/connectivity-for-good/mobile-economy/latam>. Acesso em: 04 out. 2024.

¹⁴ NERY, Carmen. Internet foi acessada em 72,5 milhões de domicílios do país em 2023. **Agência de notícias IBGE**, 2024. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/41024-internet-foi-acessada-em-72-5-milhoes-de-domicilios-do-pais-em-2023>. Acesso em: 04 out. 2024.

¹⁵ NERY, Carmen. Em 2023, 88,0% das pessoas com 10 anos ou mais utilizaram Internet. **Agência de notícias IBGE**, 2024. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/41026-em-2023-87-2-das-pessoas-com-10-anos-ou-mais-utilizaram-internet>. Acesso em: 04 out. 2024.

aparenta ter um potencial de desenvolvimento infinito. Simultaneamente, não é possível ter completa compreensão dos impactos econômicos, sociais e culturais.

A peculiaridade desta revolução tecnológica que começou há anos, e ao que tudo indica está longe de acabar, é a facilidade de acesso e disponibilidade de dados dos mais variados tipos.

O termo *Big Data* sintetiza esse fenômeno. Embora não haja um consenso sobre a definição dessa tecnologia, é suficiente para a compreensão observar suas características. É uma grande e complexa quantidade de dados não estruturados que exige novas ferramentas para sua coleta, organização e análise¹⁶. Por isso volume, velocidade e variedade estão entre elementos fundamentais do *Big Data* e, conseqüentemente, das tecnologias que dele se servem. Isso é possível porque essa metodologia dispensa a estruturação prévia dos dados para análise em pequenas quantidades ou amostras, a análise é feita a partir de toda a extensão dos dados coletados¹⁷.

O que se verificou nas últimas décadas é que a tecnologia expandiu exponencialmente a capacidade de armazenamento e processamento dos dados, o que permitiu o desenvolvimento da economia da informação¹⁸. Junto a essa acumulação, é de se considerar a velocidade e diversidade de dados disponíveis.

Em última análise, o potencial de acumulação, análise e diversidade de dados são fatores que aumentam estatisticamente a possibilidade de ocorrer incidentes de segurança, por exemplo, vazamentos de dados, acesso indevido, armazenamento inadequado e o descarte incorreto. Nessa hipótese, aquele que trata esses dados poderá ser responsabilizado por eventuais danos.

Não há dúvidas que dados se tornaram essenciais para a tomada de decisões, tanto por parte do Estado quanto por parte dos particulares. Com isso, ganhou força a ideia de que quanto mais dados forem acumulados, melhor. No entanto, essa prática

¹⁶ Além da referência ao *Big Data* como objeto (grande conjunto de dados), o termo também pode designar um processo: “*Big Data is a process to deliver decision-making insights. The process uses people and technology to quickly analyze large amounts of data of different types (traditional table structured data and unstructured data, such as pictures, video, email, transaction data, and social media interactions) from a variety of sources to produce a stream of actionable knowledge*” (KALYVAS, James R.; OVERLY, Michael R. **Big Data**: A Business and Legal Guide. CRC Press: Boca Raton, 2014. *Ebook*, p. 1).

¹⁷ BIONI, 2020, p. 34-36.

¹⁸ BIONI, 2020, p. 6-8.

nem sempre é desejável ou está em conformidade com a legislação. Considerando o que foi mencionado anteriormente, uma empresa que acumula dados sem utilizá-los apenas aumenta o risco de incidentes de segurança e os custos de armazenamento. Além disso, a desconformidade com a lei pode ocorrer quando a coleta de dados excede as finalidades do tratamento informado.

Com mais ferramentas e métodos sofisticados para coleta e processamento é possível tomar decisões mais precisas e alinhadas com os objetivos almejados. Por exemplo, a administração pública pode adotar políticas públicas mais adequadas, assim como exercer um controle social especializado. Por outro lado, as empresas conseguem oferecer produtos e serviços direcionados para o consumidor-alvo e personalizações para os usuários, bem como podem criar desejos de consumo de certos produtos nesse consumidor. Isso é possível porque os detentores desses dados conseguem extrair informações sobre as pessoas e conhecer profundamente os consumidores, seus hábitos de consumo e vulnerabilidades.

Percebe-se que o uso de dados pessoais está no centro das discussões atuais, tanto na pauta jurídica quanto na econômica. Embora essa discussão não seja nova, ela assumiu maior protagonismo nos últimos anos. As revelações de Edward Snowden sobre a vigilância em massa promovida pelos Estados Unidos serviram como alerta e ponto de partida.

Posteriormente, o caso da Cambridge Analytica evidenciou de maneira concreta os riscos que o uso indevido e eticamente questionável de dados pessoais pode representar para a democracia. O caso envolveu a coleta de dados sem autorização em redes sociais para análise e criação de perfis psicológicos de usuários, os quais foram utilizados para direcionar campanhas políticas e publicitárias personalizadas. Com isso, se observa a conexão de proteção de dados pessoais com os riscos à democracia, ao processo eleitoral e com a propagação de desinformação.

No setor privado, seja pela ausência de medidas de segurança adequadas ou pela ação de *hackers*, os casos de vazamento de dados pessoais têm se multiplicado. Embora não seja possível determinar de antemão como esses dados serão usados, eles possuem valor econômico e demonstram o comprometimento da privacidade dos indivíduos.

É nesse contexto que a presente pesquisa se insere.

A discussão sobre proteção de dados pessoais é relevante e envolve diferentes áreas do Direito, bem como interações multidisciplinares.

Dessa maneira, o objetivo deste trabalho é analisar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), compreendida como norma central do ordenamento jurídico brasileiro em matéria de proteção de dados pessoais, e as respostas que a responsabilidade civil oferece diante de incidentes de segurança.

Portanto, a proposta é fazer uma análise, sob o enfoque do Direito Privado, das situações em há atividade de tratamento de dados pessoais e ocorre dano ao indivíduo. Naturalmente, a resposta passa pela responsabilidade civil.

Embora a LGPD contenha previsões específicas sobre responsabilidade civil, há questões críticas que suscitam debate na doutrina. Entre elas, destaca-se a dúvida sobre o regime de responsabilidade civil adotado pela lei e a necessidade de comprovação de ocorrência do dano para a reparação. Dada a importância prática desses pontos, este trabalho visa discutir esses temas.

Assim, o primeiro passo será refletir sobre a noção de proteção e tratamento de dados pessoais. Em seguida, serão comparados os princípios e a estrutura normativa de proteção de dados pessoais na Europa e no Brasil. A comparação se justifica por duas razões: 1) a consolidada experiência europeia em proteção de dados pessoais e 2) a influência das normativas europeias na elaboração de leis em outros países, como o Brasil. Posteriormente, serão abordados os pressupostos da responsabilidade civil em conexão com a LGPD, para, por fim, analisar, por meio de casos concretos, a relação entre proteção de dados pessoais e responsabilidade civil.

2 FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

2.1 NOÇÕES DE PROTEÇÃO E TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Para fundamentar a análise da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), é essencial, inicialmente, abordar algumas noções relacionadas a dados pessoais. Com isso, torna-se possível aprofundar o entendimento acerca da proteção de dados pessoais, sua relevância e sua conexão com os direitos da personalidade.

Alguns conceitos são fundamentais para a correta compreensão da LGPD e para o desenvolvimento deste trabalho. Entre esses termos, destaca-se o conceito de tratamento de dados pessoais, que designa diversas operações técnicas realizadas sobre dados pessoais. Conforme o objetivo pretendido, uma mesma atividade de tratamento pode englobar múltiplas operações que se qualificam como tratamento.

Como conceitua o artigo 5º, inciso X da LGPD, “tratamento” é “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”.

Observa-se que a lista é exemplificativa, considerando a expressão “toda operação” e o uso da conjunção “como”. Ainda, basta a realização de qualquer uma dessas atividades para configurar o tratamento de dados¹⁹⁻²⁰.

Além disso, embora a maior preocupação recaia sobre o desenvolvimento da tecnologia e da realidade digital, o caput do artigo 3º da LGPD deixa claro que a lei se aplica ao tratamento de dados realizado por qualquer pessoa, independentemente do meio utilizado, seja ele físico ou digital.

Nesse contexto, é importante considerar que algumas atividades relacionadas ao tratamento de dados são mais críticas à segurança das pessoas. Exemplos dessas

¹⁹ “As hipóteses não são cumulativas, ou seja, uma única atividade da lista já se inclui no conceito de tratamento, por mais simples que ela seja. Armazenar dados pessoais sem utilizá-los, por exemplo, já é considerado tratamento de dados” (COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 75).

²⁰ O *General Data Protection Regulation* (GDPR), legislação europeia que inspirou a lei brasileira, é ainda mais expresso nesse sentido. **Art. 4º, 2), GDPR**. «*Tratamento*», uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição.

atividades são a coleta, o processamento e a difusão de dados²¹, que se referem, respectivamente, ao momento e à forma de obtenção desses dados, à análise e ao refinamento das informações e à circulação desses dados pessoais na sociedade.

Essas preocupações ressaltam a importância de compreender o que é proteção de dados pessoais. Esse conceito não deve ser reduzido a uma simples necessidade de garantir a segurança de dados. É certo que a proteção dos dados pessoais passa por práticas e tecnologias para segurança desses dados. Entretanto, não é limitada a uma perspectiva técnica de segurança. Em outras palavras, proteção de dados pessoais e segurança da informação se complementam, mas são coisas diferentes.

Nesse contexto, alguns apontamentos se mostram imprescindíveis. A retomada de certos conceitos é essencial para o progresso e clareza deste trabalho, especialmente em uma área com constantes mudanças.

A primeira retomada é a distinção, singela e relevante, entre dados pessoais e informações pessoais. Ainda que sejam termos próximos, muitas vezes utilizados como sinônimos sem que haja prejuízo, é útil destacar a diferença de sentido para tornar mais clara a conexão entre dados pessoais e direitos da personalidade.

O termo dado remete a uma informação em estado potencial, antes da interpretação e elaboração. É mais primitivo e fragmentado. A informação surgiria após a depuração e organização, é a projeção da representação contida no dado²².

Ou seja, dado pode ser entendido como um elemento a partir do qual se tem conhecimento sobre algo ou alguém. Por outro lado, informação é o conteúdo extraído a partir desse dado, decorre da interpretação que lhe dá sentido e permite a compreensão²³.

²¹ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 94-119.

²² DONEDA, 2019, p. 136. Na literatura estrangeira também é pontuada a diferença “*Dalla lettura delle norme «dato personale» e «informazione» sembrerebbero coincidere. In realtà si tratta di concetti tra loro differenti. Più precisamente si può affermare che il dato è la fonte dell’informazione, nel quale questa è contenuta e dal singolo dato o dall’insieme di dati l’informazione può essere estratta o inferita. Ma l’informazione, a rigore, non coincide con il dato stesso. L’informazione è la elaborazione del dato*” (FEDERICO, Caterina del; POPOLI, Anna Rita. Disposizioni generali. In: FINOCCHIARO, Giusella (Org.). **Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali**. Bologna: Zanichelli Editore, 2017, p. 60).

²³ MENDES, 2014, p. 55.

Dessa maneira, o dado ou informação qualificados como pessoal possuem um vínculo objetivo com a pessoa, ou seja, revelam aspectos que lhe dizem respeito²⁴.

Por exemplo, o endereço de alguém é um dado pessoal do qual é possível extrair outras informações para além da informação sobre localização. Com ele é possível saber, ou ao menos ter indicadores, sobre o tipo de residência, a classe social, condição financeira e profissão da pessoa. Ao cruzar esse dado com outros, como escolaridade, composição familiar, tempo que passa no trânsito etc., é possível ter um grau elevado de confiança sobre essas conclusões e até mesmo fazer previsões sobre comportamentos e interesses.

Assim, dados fornecem informações sobre pessoas e essas informações servem para projetar quem ela é, sua personalidade, gostos, hábitos e tendências.

Em um mundo digitalizado, essas conclusões determinam quem essa pessoa é, pois “o humano aparece reduzido a um feixe de informações – daí falar-se de *corpo digitalizado* –, instrumentalizando-o e conferindo a ele o status de um repositório de “matéria-prima”²⁵.

A partir disso, o poder público e empresas fazem análises e apresentam ofertas e oportunidades. Ou seja, por parte do indivíduo, é necessário que esses dados sejam precisos e corretos, bem como sejam utilizados para a finalidade para a qual foram coletados.

Portanto, ao se mencionar proteção de dados pessoais é necessário considerar não a proteção do dado em si, mas as informações que esse dado carrega sobre o indivíduo e a proteção que isso exige.

Ainda neste contexto, frequentemente são mencionados os termos privacidade e proteção de dados pessoais. Embora tenham pontos de convergência, apresentam diferenças de conteúdo. O primeiro seria mais abrangente e, em parte, englobaria o segundo.

²⁴ MENDES, 2014, p. 56.

²⁵ CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 4.

Privacidade é um termo amplo que ao longo do tempo assumiu diversos significados²⁶. Nesse sentido, adota-se a definição de Stefano Rodotà, a qual também é seguida por Danilo Doneda.

Para Rodotà, a privacidade (ou *privacy*, como empregado pela doutrina italiana) não possui só conteúdo negativo, isto é, manter sob segredo certas informações e proteger de intromissões a vida privada e a intimidade²⁷. O vocábulo assume também conteúdo positivo²⁸. Privacidade é “o direito de manter sob controle as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada”²⁹. Sob esse aspecto, privacidade se assemelharia ao direito à autodeterminação informativa³⁰.

Na mesma linha, Doneda reforça a importância da privacidade na garantia da esfera privada em seu conteúdo negativo e positivo:

uma esfera privada, dentro da qual a pessoa tenha condições de desenvolver a própria personalidade, livre de ingerências externas, ganha hoje ainda mais importância: passa a ser pressuposto para que a pessoa não seja submetida a formas de controle social que, em última análise, anulariam sua individualidade, cerceariam sua autonomia privada (para tocar em um conceito caro ao direito privado) e, em última análise, inviabilizariam o livre desenvolvimento de sua personalidade.

A privacidade assume, portanto, posição de destaque na proteção da pessoa humana, não somente tomada como escudo contra o exterior – na lógica da exclusão – mas como elemento indutor da autonomia, da cidadania, da própria atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade de uma forma geral. Nesse papel, ela é pressuposto de uma sociedade democrática

²⁶ Para uma análise detalhada da trajetória da privacidade conferir: DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 98-132.

²⁷ É ao que correspondia, inicialmente, a ideia de privacidade construída por Warren e Brandeis, comumente identificado como o “*right to be left alone*” ou o “*diritto alla riservatezza*” da doutrina italiana.

²⁸ A justificativa do jurista italiano é que: “*Non si tratta, dunque, di proteggere soltanto i dati destinati a rimanere riservati: la protezione si estende anche ai dati che il soggetto ha ceduto ad altri o che comunque si trovano in mano altrui. Poiché nella società dell’informazione si dice che «noi siamo i nostri dati», la possibilità di mantenere il controllo sulle proprie informazioni, ovunque esse si trovino, diventa uno strumento indispensabile per la tutela dell’identità personale, per proteggere la sfera privata nel suo insieme*” (RODOTÀ, Stefano; ALPA, Guido. **Tecnologie e diritti**. Nuova edizione aggiornata. Bologna: Il mulino, 2021. E-book, p. 122).

²⁹ Tradução livre de: “*la privacy si presenta anche come «il diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinare le modalità di costruzione della propria sfera privata»*” (RODOTÀ; ALPA, 2021, p. 122).

³⁰ “*La privacy si colloca così anche nel quadro del «diritto all’autodeterminazione informativa», un punto definito fin dal 15 dicembre 1983 da un’innovativa sentenza della Corte costituzionale tedesca (BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83)*” (RODOTÀ; ALPA, 2021, p. 122).

moderna, da qual o dissenso e o anticonformismo são componentes orgânicos³¹.

Assim, privacidade é um conceito amplo referente ao direito do indivíduo de controlar aspectos da sua vida privada, suas interações sociais e o uso de seus dados. Dessa maneira, o direito à privacidade está intimamente relacionado com os direitos da personalidade, uma vez que é uma das formas de proteção da pessoa³². A concretização da proteção da privacidade ocorre, com frequência, em conjunto e por meio da garantia de outros direitos da personalidade, como o direito à imagem, ao nome, à honra, à intimidade e à proteção de dados pessoais. A privacidade e esses direitos possuem pontos de interseção, mas um não se limita ao outro.

Isto significa que proteção de dados pessoais é uma das formas de assegurar o respeito à privacidade, da qual seria, inicialmente, um desdobramento.

Menciona-se a proteção de dados como desdobramento da privacidade porque se compartilha da ideia, segundo Rodotà, que a privacidade adquire novos conteúdos e funções de acordo com as exigências sociais de cada época.

Contudo, acolhe-se parcialmente a crítica de que a proteção de dados pessoais não é mera evolução da privacidade, uma vez que a disciplina ganha estatua própria para além dos contornos individuais da privacidade. A proteção de dados não se restringe à concepção da privacidade como sigilo, visão que marcou o surgimento do conceito e que se baseava na exclusão de determinadas informações privadas do conhecimento público³³.

Entretanto, o surgimento da noção de proteção de dados pessoais possui relação, ainda que restrita aos seus momentos iniciais, com a concepção da privacidade como defesa contra intromissões externas.

Em um contexto social marcado pelo intenso fluxo de informações, a reivindicação de manter informações longe do conhecimento público diminui, por outro

³¹ DONEDA, 2019, p. 128-129.

³² DONEDA, 2019, p. 132; *“a proteção de dados pessoais é uma garantia de caráter instrumental, derivada da tutela da privacidade, porém, não limitada por esta; ainda, faz referência a um leque de garantias fundamentais que se encontram no ordenamento brasileiro”* (DONEDA, 2019, p. 265).

³³ As críticas de Bruno Bioni à noção de proteção de dados pessoais como mera evolução do direito à privacidade são pertinentes. Conferir: BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 94-96.

lado, aumenta a necessidade de se ter ciência e direitos sobre os usos, legitimidade e as finalidades desse tratamento de dados.

Em consequência disso, quando se fala em proteção de dados pessoais, fala-se especificamente dessa perspectiva de um instrumento para o controle da circulação das informações do indivíduo, mas também como regulação da possibilidade e autorizações para usar dados pessoais³⁴.

O que se deve ter em mente é que a privacidade e, especificamente no caso deste trabalho, a proteção de dados pessoais devem ser vistas, simultaneamente, como expressão e meio para a preservação da liberdade individual:

A tutela da vida privada e da intimidade tem como fundamento a liberdade individual, na medida em que por meio dela se delimita um espaço de autonomia relativamente a aspectos imateriais do ser humano, com vistas em que o indivíduo não sofra interferências indevidas da sociedade ou do Estado. O desenvolvimento tecnológico da informática, da medicina e das biotecnologias demandou que se incluísse na esfera de proteção da vida privada e da intimidade o controle sobre os dados pessoais. Na sociedade tecnológica contemporânea, a construção da esfera privada depende da possibilidade de o indivíduo controlar o acesso e o uso dos dados que constituem sua identidade pessoal e permitem o livre desenvolvimento de sua personalidade (tais como: opinião política, convicções religiosas, vida sexual, dados de saúde e dados genéticos). Não se trata, portanto, de apenas garantir o segredo sobre esses dados, mas, sobretudo, o controle do fluxo dessas informações [...]³⁵.

Com base no exposto, evidencia-se que os dados pessoais projetam quem o indivíduo é na sociedade, de modo que estão diretamente relacionados com os direitos da personalidade.

Inserido na tendência de repersonalização do direito civil, isto é, na retomada da centralidade da pessoa e de sua proteção pelo ordenamento jurídico, é que o Código Civil destina os artigos 11 a 21 aos direitos da personalidade. Embora haja

³⁴ “O ponto fixo de referência neste processo é que, entre os novos prismas para visualizar a questão, mantém-se uma constante referência objetiva a uma disciplina para os dados pessoais, que manteve o nexo de continuidade com a disciplina da privacidade, da qual é uma espécie de herdeira, atualizando-a e impondo características próprias. Mediante a proteção de dados pessoais, garantias a princípio relacionadas com a privacidade passam a ser vistas em uma ótica mais abrangente, pela qual outros interesses devem ser considerados, abrangendo as diversas formas de controle e tornados possíveis com o tratamento de dados pessoais. [...] A proteção de dados pessoais, em suma, propõe o tema da privacidade, porém, modifica seus elementos; aprofundem seus postulados e toca nos pontos centrais dos interesses em questão” (DONEDA, 2019, p. 172-174).

³⁵ CORRÊA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado: um novo objeto para o direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S. l.], v. 44, 2006, p. 87. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v44i0.9416>.

críticas ao tratamento da matéria, os onze artigos confirmam a inserção da tutela da pessoa humana no direito civil e a existência de proteção jurídica.

Os direitos da personalidade são direitos intransmissíveis, irrenunciáveis³⁶ e indisponíveis³⁷ pelos quais o indivíduo tem resguardados elementos como o seu nome, imagem, corpo, honra, identidade ou outro aspecto que lhe distinguem como humano³⁸.

Portanto, tais direitos se caracterizam pela proteção de aspectos materiais e imateriais intrínsecos de todo ser humano.

Além disso, dada a importância do objeto desse direito, essas características humanas também são objeto dos direitos e garantias fundamentais protegidos de

³⁶ “A razão para a irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade: ter ligação íntima com a personalidade e ser eficácia irradiada por essa. Se o direito é direito de personalidade, irrenunciável é. Não importa, em consequência, qual seja” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo VII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, § 728, p. 61).

³⁷ No art. 11 do CC são referidas a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a “*impossibilidade de limitação voluntária, que pode ser entendida como indisponibilidade*” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131).

³⁸ Destaca-se a condição de proteção de características humanas. A “pessoa” surgiria para o Direito após a entrada do ser humano no mundo jurídico. “[...] *Antes de qualquer pesquisa, advirta-se em que: a) no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há, necessariamente, alguma pessoa, como elemento do suporte; b) no suporte fático do fato jurídico de que surge direito de personalidade, o elemento subjetivo é ser humano, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico*” (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. VII, § 727, p. 57). Também nesse sentido, Anderson Schreiber afirma que a personalidade deve ser observada sob dois aspectos: a) subjetivo, a capacidade que tem toda pessoa, física ou jurídica, de ser titular de direitos e obrigações; b) objetivo, conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5).

forma especial por alguns incisos do artigo 5º da Constituição Federal³⁹⁻⁴⁰. Assim, os direitos da personalidade inseridos no Código Civil sistematizam e concretizam, em certa medida, o princípio da dignidade da pessoa humana⁴¹.

Pontes de Miranda adota o termo “direitos de personalidade” para se referir ao “direito que se irradia do fato jurídico da personalidade (= entrada, no mundo jurídico, do fato do nascimento do ser humano com vida)”⁴².

Logo, não são direitos sobre a pessoa, mas sim direitos inatos que decorrem do fato nascimento. Para o referido autor, os direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas⁴³.

No mesmo sentido, Paulo Lôbo também identifica os direitos da personalidade como aqueles necessários à realização da pessoa e acrescenta serem de tipicidade aberta⁴⁴. Isso porque não seria possível antever todas as situações e os direitos

³⁹ “Contudo, nem todos os direitos fundamentais, corporificados ou não na Constituição, são direitos da personalidade, porque aqueles vão mais longe que estes, na medida em que atribuem direitos a organizações que não são pessoas e envolvem direitos sociais, econômicos e culturais, que não são direitos da personalidade” (LÔBO, 2015, p. 128). A respeito dos conceitos da distinção entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade: “todas essas designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar direitos positivados numa constituição de um determinado Estado. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrar também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional. Trata-se, como se vê, do mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas” (SCHREIBER, 2014, p. 13).

⁴⁰ “Por outro lado, o direito de personalidade como tal, que tem o homem, é ubíquo: não se pode dizer que nasce no direito civil, e daí se exporta aos outros ramos do sistema jurídico, aos outros sistemas jurídicos e ao sistema jurídico supra-estatal; nasce, simultaneamente, em todos” (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. VII, § 731, p. 69).

⁴¹ Conforme o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

⁴² PONTES DE MIRANDA, 2021, t. VII, § 731, p. 68-69.

⁴³ PONTES DE MIRANDA, 2012, t. VII, § 731, p. 69.

⁴⁴ LÔBO, 2015, p. 134.

relativos à tutela da pessoa, de maneira que os direitos previstos no ordenamento jurídico constituem um rol exemplificativo.

A tipicidade aberta dos direitos da personalidade decorre da própria característica de serem inerentes ao ser humano. Veja-se que são direitos preexistentes ao reconhecimento pelo Estado, oponíveis a ele e a outras pessoas e caso não existissem os demais interesses subjetivos perderiam qualquer interesse ao indivíduo⁴⁵.

Entretanto, Paulo Lôbo pondera que para haver enquadramento como direito da personalidade é necessário um grau de reconhecimento social, isto é, tipicidade social. E, além de possuir reconhecimento social, é necessária a compatibilidade com o princípio da dignidade humana⁴⁶, que seria o valor tutelado indiretamente, previsto no artigo 1º, III, da Constituição⁴⁷.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem como finalidade a proteção de todos os aspectos e manifestações da condição humana, concebendo-a como fim e não como meio. Portanto, pode ser conceituada como “o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural”⁴⁸.

⁴⁵ SCHREIBER, 2014, p. 5-6.

⁴⁶ LÔBO, 2015, p. 134-135.

⁴⁷ Isto não conduz, necessariamente, à conclusão da constitucionalização do direito civil. Judith Martins Costa sugere que os direitos da personalidade compõem um sistema geral de tutela à pessoa humana. A fim de evitar o esvaziamento da força argumentativa do princípio constitucional da dignidade humana, os direitos da personalidade são o primeiro recurso para a tutela da pessoa, pois o Código Civil está apto a operacionalizar essa tutela, ainda que de forma complementada pela previsão constitucional: “*em primeiro lugar, agora o modelo de incomunicabilidade, que por quase um século, operou entre Constituição e Código Civil, é substituído pelo modelo da conexão e complementariedade intertextual. Constatar esse modelo não significa simplesmente endossar a tese da ‘constitucionalização do Direito Civil’, fenômeno que – dado como um suposto – tem sido abordado tanto por civilistas quanto por constitucionalistas, daqui e d’além mar. Significa tão somente – para os fins deste trabalho – considerar o novo Código Civil Brasileiro como uma estrutura apta a operacionalizar o que chamo de sistema geral de tutela à pessoa humana – expandindo nas situações interprivadas os bens da personalidade. Significa não mais considerar o Código como um universo isolado, fechado sobre si mesmo, substancialmente oposto, até, ao universo constitucional*” [...] “*Não é preciso, frente ao novo Código, esvaziar a força normativa e argumentativa e o imenso valor do princípio da dignidade da pessoa humana, utilizando-se como substantivo de outros princípios e regras de maior densidade*” (MARTINS-COSTA, Judith. **Pessoa, personalidade, dignidade**: ensaio de uma qualificação. 2003. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 5-6 e 254 *apud* BIONI, 2020, p. 51-52, nota de rodapé 44).

⁴⁸ SCHREIBER, 2014, p. 9.

De modo a evitar a referência direta a um princípio de conteúdo amplo, em razão do aspecto aberto e fluído, é que os direitos da personalidade ganham força ao indicar quais direitos, e os respectivos conteúdos, refletem aquilo que é essencial ao ser humano, especialmente no plano das relações privadas.

O objeto e a tipicidade aberta dos direitos da personalidade apresentam natural dificuldade de classificação prévia de todas as expressões da pessoa. Por isso, é oportuno observar as funções desses direitos. Conforme destaca Anderson Schreiber, além de conferir proteção à pessoa, os direitos da personalidade possuem outras funções jurídicas, por exemplo:

1) evidenciar as diferentes ameaças que cada um desses atributos podem sofrer, facilitando a prevenção de danos (função preventiva); 2) permitir, por meio do desenvolvimento de instrumentos específicos, a mais plena reparação das lesões que venham atingi-los (função reparatória); 3) auxiliar a formulação de parâmetros próprios para ponderação nas hipóteses de colisão entre os próprios direitos da personalidade ou entre eles e outros direitos fundamentais (função pacificadora); 4) estimular o desenvolvimento desses atributos por meio de políticas públicas e iniciativas sociais adequadas (função promocional)⁴⁹.

Os direitos da personalidade previstos expressamente no Código Civil são o direito ao corpo, à vida, ao nome, à honra, à imagem e à vida privada. E junto a estes, deve-se considerar o direito à proteção de dados pessoais como mais uma forma de proteção da personalidade⁵⁰.

Isso porque esse direito tem como objeto a tutela dos dados de uma pessoa, os quais são uma forma de representação do indivíduo merecedora de proteção.

Considerando o conceito de proteção de dados pessoais adotado neste trabalho, bem como as características dos direitos da personalidade, observa-se que a proteção de dados pessoais constitui um direito que visa garantir aspectos essenciais da condição humana. Isso ocorre porque os dados pessoais, ou informações pessoais, projetam a existência humana na sociedade da informação.

⁴⁹ SCHREIBER, 2014, p. 227-228.

⁵⁰ A posição é compartilhada por diversos autores. “Por isso, os dados que influem na projeção de uma pessoa e na sua esfera relacional adequam-se conceitualmente como um novo direito da personalidade [...] Nesse sentido, os dados pessoais não só se caracterizam como um prolongamento da pessoa (subjetividade), mas, também, influenciam essa perspectiva relacional da pessoa (intersubjetividade)” (BIONI, 2020, p. 58 e 82-84); “Tendo em vista tratar-se de direito à personalidade, já que os dados armazenados representam a pessoa na sociedade [...]” (MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 20, v. 79, jul./set. 2011, p. 17) e DONEDA, 2019, p. 70-98 e 132.

Nesse contexto, o ser humano, inserido em um fluxo intenso de informações, torna-se vulnerável quando não tem conhecimento do uso e controle dos seus dados.

Além disso, especialmente no ambiente digital, o direito à proteção de dados pessoais não se limita a tutelar uma parcela da personalidade, mas contribui também para a concretização de outros direitos da personalidade. Por exemplo, a imagem, nome, honra e a vida privada podem ser manifestados por meio de dados. E, como consequência, tais dados são objeto de tratamento, o qual pode ser ilícito ou indevido.

Portanto, além do respeito ao conteúdo específico de cada um desses direitos, a utilização desses dados deve estar em conformidade com as normas para o tratamento de dados pessoais. Conforme exigido pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, devem ser respeitados diversos requisitos para o tratamento lícito de dados pessoais, além da observância das bases legais autorizadoras dessa atividade (artigos 6º e 7º da LGPD).

Na sociedade em rede, a construção da identidade de um indivíduo, tanto no mundo digital quanto no físico, é muitas vezes influenciada pelo uso de seus dados. Por isso, a proteção das características essenciais do ser humano está intimamente ligada à proteção de seus dados pessoais, não só na sua dimensão individual, mas também coletiva.

Isso porque o direito à proteção de dados pessoais também tem assumido função de dimensão coletiva⁵¹, promovendo a segurança não só do indivíduo, mas da coletividade, protegendo-a contra arbitrariedade e abusos, com a finalidade de assegurar segurança e transparência no uso dos dados pessoais.

⁵¹ Nos últimos anos, inclusive antes da vigência da LGPD, constata-se a existência de diversas ações que buscam a tutela coletiva dos dados pessoais, as quais foram propostas por associações ou pelo Ministério Público. É o fenômeno que Rafael Zanatta identificou como “coletivização da proteção de dados pessoais” (ZANATTA, Rafael. Tutela coletiva e coletivização da proteção de dados pessoais. In: PALHARES, Felipe (Coord.). **Temas Atuais de Proteção de Dados**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020). Além disso, o art. 42, *caput*, da LGPD menciona os danos coletivos entre aqueles que podem ser reparados, bem como a previsão de legitimidade ativa para o ajuizamento de ações coletivas no art. 22 da LGPD (“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”) e no art. 42, § 3º, da LGPD (“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”).

A título de síntese, o objeto das normas sobre dados pessoais passa pela compreensão do processo de “datificação” (*datification*⁵²) próprio da sociedade em rede ou da sociedade dos dados.

Conforme Simone Calzolaio, referido processo se desenvolve em três níveis⁵³.

O primeiro é que todo ser humano produz, conscientemente ou inconscientemente, uma quantidade contínua de dados, de variados tipos e natureza, o que ele resume na expressão *walking data generators*.

O segundo nível da datificação é a capacidade de analisar essa quantidade crescente de dados. Nesse aspecto surge o desafio de como extrair informações desses dados e a capacidade de análise de dados das máquinas e instrumentos utilizados.

Por fim, o terceiro nível é justamente a capacidade de extrair informações e tomar decisões com bases nesses dados, o que está relacionado com o incremento da capacidade de análise das máquinas. Ou seja, a capacidade de analisar esses dados de forma automatizada ou semiautomatizada (aqui entrando em cena a Inteligência Artificial). Não se trata só de melhorar a análise ou torná-la mais rápida conforme almejada pelo programador, mas também da capacidade de criar de forma originária novos grupos de dados a partir da correlação entre eles⁵⁴.

⁵² “*Datafication and data collection – These refer to the activity of data generation through the digitisation of content, and monitoring of activities, including real-world (offline) activities and phenomena, through sensors*” (OCDE, 2015, p. 32).

⁵³ CALZOLAIO, Simone. Protezione dei dati personali. In: SACCO, Rodolfo (Org.). **Digesto delle discipline pubblicistiche**. Milano: UTET Giuridica, 2017, p. 594-635.

⁵⁴ CALZOLAIO, 2017, p. 598-599.

Considerando que os dados mais valiosos são aqueles referentes à pessoa, o indivíduo encontra-se sitiado entre o Estado e o mercado⁵⁵, no que se poderia chamar “sociedade vigilada”⁵⁶.

Assim, considerando que essas informações têm como objeto a pessoa e constituem atributos de sua personalidade, é fundamental uma tutela voltada à proteção da pessoa e de sua personalidade, que não se restringe à proteção do dado em si⁵⁷.

Nos próximos tópicos, a fim de abordar o desenvolvimento legislativo, serão abordadas a experiência europeia, sua influência na LGPD e a efetivação da proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 A TRAJETÓRIA EUROPEIA NA PROTEÇÃO DE DADOS

A proteção de dados pessoais na Europa tem seus fundamentos em razões históricas e econômicas.

Os motivos históricos remetem às atrocidades cometidas pelo regime nazista e, após a Segunda Guerra Mundial, pela Stasi na Alemanha Oriental.

A opressão estatal e a sistemática violação de direitos individuais eram operacionalizadas por meio do abuso de dados pessoais para sustentar a contínua vigilância estatal.

A queda desses regimes não apagou as experiências vividas pelo povo europeu, especialmente pelo alemão. Por isso, as normas de proteção de dados

⁵⁵ GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção Jurídica de Dados Pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S. l.], v. 47, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v47i0.15738>.

⁵⁶ “L’insieme della prospettiva del controllo pubblico per ragioni di sicurezza (intesa in termini generici) e di sviluppo delle politiche pubbliche, accanto alla prospettiva della profilazione da parte di soggetti privati in ragione o in occasione della propria attività economica rappresenta la sintesi della datification, ma introduce altresì alla nozione di società sorvegliata. Il concetto che appare descrivere in modo più adeguato il quadro che sin qui si è delineato è quello della cosiddetta sorveglianza liquida, sviluppato in un brillante libro-intervista di David Lyon e Zygmunt Bauman. La questione di fondo è che in qualsiasi momento si può accendere un faro (di origine pubblica o privata, visibile o meno) su ciascuno, fondato sulla analisi dei dati e sul loro sviluppo – se necessario – ad hoc. Nessuno è più in grado di essere (o rendersi) invisibile, al tempo degli smartphones, dei droni-insetti e del social networking” (CALZOLAIO, 2017, p. 602).

⁵⁷ MENDES, 2014, p. 56.

emergem do temor em relação à vigilância e ao uso dos dados pessoais pelo Estado e por grandes empresas⁵⁸.

Por outro lado, os motivos econômicos decorrem do aumento do fluxo de dados e da necessidade de integração no mercado europeu.

Desde a origem, as normas de proteção de dados passaram por várias mudanças por conta do contexto social, tecnológico e econômico em que estavam inseridas. A análise do percurso dessas normas ressalta as preocupações e os desafios enfrentados em cada momento para a proteção de dados. Tradicionalmente, a análise do desenvolvimento das normas sobre proteção de dados pessoais é dividida em quatro gerações⁵⁹⁻⁶⁰.

Viktor Mayer-Schönberger constatou que na Europa desde a década de 1970 o termo *data protection* havia se consolidado e estava presente nos ordenamentos jurídicos dos países europeus⁶¹.

Além disso, a partir da comparação de normas entre diferentes países, ele constatou que havia, apesar das especificidades nacionais, um processo internacional informalmente coordenado no qual alguns países podiam estar em diferentes estágios

⁵⁸ “The foundation of stringent data protection in the EU can be traced back to World War II and the atrocities by the Nazi regime. Nazis systematically abused private data to identify Jews and other minority groups they oppressed. The state surveillance and the infringement of individual rights continued under the postwar socialist dictatorship in East Germany when the Ministry for State Security, known as Stasi, continued the surveillance of its citizens. These experiences have left Germans – and Europeans more broadly – suspicious of state surveillance and government data collection practices that are capable of infringing on individual rights. These suspicions, combined with a mistrust that corporations would act in the public interest in this regard, paved the way for a robust privacy rights regime in Germany, and later in Europe more broadly. In addition to these historical reasons, EU data protection regulation emerged in response to the need to integrate the European market” (BRADFORD, Anu. **The Brussels effect: how the European Union rules the world**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 136).

⁵⁹ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Generational Development of Data Protection in Europe. In: AGRE, Philip; ROTENBERG, Marc (Orgs.). **Technology and privacy: the new landscape**. Cambridge: MIT Press, 1997, p. 219-241. A classificação também é adotada por outros autores: DONEDA, 2019, p. 174-182; MENDES, 2014, p. 37-44; BIONI, 2020, 109-113.

⁶⁰ Para uma análise detalhada da formação modelo europeu de proteção de dados, conferir: DONEDA, 2019, p. 185-199.

⁶¹ “In Europe, since the 1970s, “data protection” has become a household word used to describe the right to control one’s own data. Data-protection norms are by now established and accepted components of the European nations’ legal frameworks” (MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 219).

de desenvolvimento legislativo, mas seguiam a mesma tendência geral de desenvolvimento das normas de proteção de dados⁶².

Por essa razão, Viktor Mayer-Schönberger propôs a análise geracional. Isso porque, especialmente no contexto europeu, facilita a compreensão e se mostra mais útil agrupar as normas de proteção de dados e observá-las como se fosse um processo contínuo em que as etapas se seguem.

A primeira geração de normas sobre proteção de dados pessoais teve início na década de 1970 como uma resposta ao surgimento do processamento eletrônico de dados pelo governo e grandes empresas. Tais normas se caracterizavam pela preocupação com a centralização de todos os dados pessoais em grandes bancos de dados nacionais⁶³.

Nessa época, os países europeus iniciavam grandes reformas sociais e o Estado de bem-estar social se expandia. As reformas pretendidas exigiam amplo planejamento e para isso era necessário dados, o que levou os governos a uma coleta constante de dados. O progresso computacional permitia a análise desses dados e a tomada de decisões. E as grandes empresas também notaram os benefícios disso.

Com isso surgiu a preocupação que a centralização de dados criaria uma burocracia automatizada e desumanizada. As críticas foram direcionadas à tecnologia e no receio de vigilância. Por essa razão, as normas de proteção de dados pessoais

⁶² “The empirical results of the aforementioned study only reinforce Colin Bennett’s eloquent demonstration that data protection, above and beyond national idiosyncrasies, can be viewed as an informally coordinated international process in which nations might be at different stages of legislative development but cannot resist a general evolutionary trend within data-protection norms (especially in Europe)” (MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 220-221).

⁶³ Exemplos dessas leis: “The data-protection law of the German state of Hesse (1970), the Swedish Data Act (1973), the data-protection statute of the German state of Rheinland-Pfalz (1974), the various proposals for a German Federal Data Protection Act, the Austrian proposals for a Data Protection Act (1974), and the German Federal Data Protection Act 1977 can all be seen as direct reactions to the planned and envisioned centralized national data banks. In structure, language, and approach, they represent the first generation of data-protection norms” (MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 221).

de primeira geração se caracterizam por focar na função do processamento de dados na sociedade, e não na proteção individual da privacidade⁶⁴.

Para alcançar esse objetivo, estabeleceram-se normas com ênfase em procedimentos de licenciamento e registro da atividade de processamento como forma de controlar, de forma prévia, o uso do computador para processamento de dados.

Outra consequência dessa abordagem é a criação de instituições especiais para supervisionar o cumprimento das normas, assim, não cabia ao indivíduo a fiscalização⁶⁵.

No entanto, a criação de bancos de dados centralizados não se concretizou como esperado. Pelo contrário, além da oposição da sociedade, o desenvolvimento tecnológico facilitou o processamento de dados e, como consequência, a descentralização dos centros de processamento.

As normas rígidas focadas nos grandes bancos de dados centralizados se mostraram insuficientes para essa nova realidade, ao passo que cresciam os riscos aos indivíduos.

No final da década de 1970, como consequência disso, a segunda geração de normas caracterizava-se pelo foco na privacidade e proteção de dados do indivíduo.

Assim, a proteção de dados pessoais passa da preocupação com os bancos de dados e aspectos técnicos para expressamente estar associada à proteção da privacidade e a uma liberdade negativa do indivíduo de se resguardar de interferências da sociedade.

Do ponto de vista da estrutura, as normas não sofreram alterações, porém, os termos excessivamente técnicos e ligados a um momento específico do desenvolvimento tecnológico perderam espaço. Em seu lugar surgiram definições

⁶⁴ “Most of the first-generation data-protection norms do not focus on the direct protection of individual privacy. Instead they concentrate on the function of data processing in society. According to this analysis, the use of computers itself endangers humane information processing. Data protection is seen as a tool specifically designed to counter these dangers. The computer is the problem, it seems, and its application must be regulated and controlled. Consequently, the first-generation data-protection norms take a functional look at the phenomenon of data processing. If the act of processing is the actual problem, then legislation should target the workings of the computer” (MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 223).

⁶⁵ MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 224.

mais abstratas, reforçando direitos individuais e relacionadas a previsões constitucionais⁶⁶.

O indivíduo passa a intervir no tratamento de seus dados pessoais, o que vai além dos direitos de acesso, modificação e exclusão. Essa nova abordagem garante ao indivíduo escolher quais dados pessoais poderiam ser utilizados e para quais finalidades⁶⁷.

Essa mudança de perspectiva, reforçou e agregou novas funções à atuação das autoridades nacionais de proteção de dados, uma vez que os indivíduos poderiam se dirigir a ela para aplicação e garantia de seus direitos.

Entretanto, a limitação dessa abordagem foi a impossibilidade fática do indivíduo controlar e se excluir completamente do fluxo informacional. A sociedade e o indivíduo já estavam intimamente ligados a esse fluxo de dados pessoais, tendo em vista a burocracia estatal, bem como as exigências relacionadas com bancos, dinheiro, viagens e eleitorais.

Ou seja, a oposição à requisição desses dados e à participação no fluxo informacional, embora fosse um direito individual, não se mostrava realisticamente possível. E, ainda que fosse possível, teria o custo de exclusão do indivíduo da sociedade⁶⁸.

Em razão disso, no início da década de 1980, as normas de terceira geração se caracterizaram pela participação e autodeterminação informativa.

O direito individual se transformou de uma lógica da exclusão para uma lógica da participação. Ou seja, a forma de tutela não era mais a proteção dos dados pessoais contra invasões indesejadas da esfera privada, mas sim um direito de autodeterminação informativa. Em outras palavras, caberia ao indivíduo determinar como iria participar na sociedade, e não se iria ou não participar⁶⁹.

⁶⁶ MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 226.

⁶⁷ “Data protection as an attempt to regulate technology was transformed into an individual liberty of the citizens” (MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 227).

⁶⁸ MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 228.

⁶⁹ “Individual liberty, the right to ward off invasions into personal data, was transformed into a much more participatory right to informational self-determination. The individual now was to be able to determine how he or she would participate in society. The question was not whether one wanted to participate in societal processes, but how” (MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 229).

O marco dessa geração de leis foi a decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre o censo de 1983⁷⁰, que popularizou o termo autodeterminação informativa⁷¹. A controvérsia surgiu porque a Lei do Censo de 1983 autorizava o cruzamento dos dados coletados com outros bancos de dados e permitia seu uso para a finalidade genérica de “atividades administrativas”⁷², o que extrapolava o objetivo estatístico do censo.

Em razão dessa previsão de coleta detalhada de dados dos indivíduos, a sociedade manifestou desconfiança e questionamentos quanto à privacidade e à extensão do uso dos dados pelo Estado. Dados que, a princípio, seriam coletadas apenas para fins estatísticos poderiam ser utilizadas para controle das atividades e análise dos cidadãos, gerando incerteza quanto ao real propósito da coleta.

Diante disso, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu a inconstitucionalidade parcial da lei, da qual se destaca alguns pontos fundamentais: a) a importância de o cidadão manter o controle e proteção sobre seus dados pessoais (autodeterminação informativa); b) o reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo em relação ao direito à privacidade, e o seu respeito como condição para o livre desenvolvimento da personalidade; e c) a necessidade de limitações e precauções da atividade de tratamento, cuja coleta e uso de dados são restritos à finalidade específica, bem como eventual compartilhamento dos dados deve se restringir exclusivamente aos fins estatísticos do censo.

A decisão influenciou a Alemanha e outros países europeus a promoverem alterações das leis nacionais sobre dados.

A mudança se baseava em uma abordagem mais pragmática das normas de proteção de dados pessoais, pois se constatava que a sociedade estava cada vez

⁷⁰ Em síntese, a decisão impõe condições para o tratamento de dados e busca salvaguardar o indivíduo de uma coleta, armazenamento, utilização ou transmissão ilimitada de seus dados. Para análises da referida decisão, ver: DONEDA, 2019, p. 165-172; BIONI, 2020, p. 97-102 e MENDES, 2014, p. 56-60.

⁷¹ Em 2008, nova decisão do Tribunal Constitucional alemão trouxe novos desdobramentos ao direito à autodeterminação informativa. Trata-se do reconhecimento do direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informativos. A respeito desse julgado, ver: MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: ARAÚJO, Fernando (Org.). **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 5, n. 1, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-1/186>.

⁷² BIONI, 2020, p. 97.

mais interligada e entrelaçada. Assim, não seria possível ao indivíduo excluir-se da participação social. Como consequência, era necessário garantir meios pelos quais poderiam moldar a forma como participam na sociedade ao fornecer seus dados e informações pessoais⁷³.

O legislador ainda confiava a proteção de dados pessoais ao indivíduo, o que seria realizado por meio do exercício dos seus direitos diante de uma sociedade cada vez mais informatizada. No entanto, para permitir o exercício de controle por cada pessoa, a aplicação das leis só seria possível com normas claras e rigorosas⁷⁴.

O exercício dos direitos individuais relativos à proteção de dados não se limitava mais ao momento do processamento. Eles foram expandidos para todas as fases do tratamento de dados, desde a coleta, armazenamento, processamento e transferência.

Entretanto, essa abordagem se mostrou limitada. Apesar do fortalecimento do controle individual sobre o fluxo de dados pessoais, o exercício desses novos e expandidos direitos não se concretizou. Eram poucas as pessoas que estavam dispostas a arcar com os custos financeiros e sociais para exercer o direito à autodeterminação informativa.

Além disso, conscientemente ou não, poucos se atentavam ou se preocupavam em renunciar a esse direito, pois o entendiam como um preço a ser pago nas transações cotidianas. Tampouco havia ilegalidade nessa prática, já que bastava o consentimento do indivíduo para o tratamento de dados. Por esse motivo, a proteção de dados pessoais tornou-se pouco efetiva⁷⁵.

A quarta geração de normas de proteção de dados pessoais pretendia reverter esse quadro e diminuir as desvantagens do enfoque individual. Na década de 1990,

⁷³ “The third generation emphasized informational participation and selfdetermination. The civic republican revival provided only one theoretical underpinning. The other was the more pragmatic legislative understanding that we live in an ever more interlinked and intertwined society in which the individual cannot hope to opt out of participation. Instead individuals must be given a chance to shape the way in which they take part in society through the release of personal information and data” (MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 231).

⁷⁴ MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 231.

⁷⁵ MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 232.

os legisladores, ao constatar o desequilíbrio de forças, buscaram fortalecer a posição do indivíduo ao exercer seus direitos, o que foi feito de duas formas⁷⁶.

A primeira forma foi tentar equilibrar as forças entre as posições da relação envolvida no tratamento de dados pessoais. Para isso, reforçaram a posição do indivíduo frente aos agentes de tratamento de dados, os quais geralmente são o polo mais forte da relação. Por exemplo, promoveram mudanças para facilitar a reparação dos danos decorrentes do tratamento de dados.

A segunda forma foi submeter parte do espaço de livre disposição do direito à proteção de dados a um regime legal obrigatório, sob a compreensão que há determinados aspectos que devem ser totalmente protegidos e não podem ser negociados pelo indivíduo. Por exemplo, a proibição de processamento de dados pessoais sensíveis.

Ainda no contexto da quarta geração, as normas gerais de proteção de dados foram complementadas por regulações setoriais específicas. Nesse sentido, o artigo 27 da Diretiva Europeia de Proteção de Dados (Diretiva 95/46/CE)⁷⁷ prevê a criação de códigos de conduta setoriais para contribuir no cumprimento da norma, por exemplo, regras específicas para o setor da saúde e bancário.

Além disso, houve a disseminação e fortalecimento das autoridades nacionais independentes para atuação e fiscalização da lei, o que promove tanto a tutela

⁷⁶ MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 232-233.

⁷⁷ “CAPÍTULO V CÓDIGOS DE CONDUTA. **Artigo 27º. 1.** Os Estados-membros e a Comissão promoverão a elaboração de códigos de conduta destinados a contribuir, em função das características dos diferentes sectores, para a boa execução das disposições nacionais tomadas pelos Estados-membros nos termos da presente directiva. **2.** Os Estados-membros estabelecerão que as associações profissionais e as outras organizações representativas de outras categorias de responsáveis pelo tratamento que tenham elaborado projectos de códigos nacionais ou que tencionem alterar ou prorrogar códigos nacionais existentes, podem submetê-los à apreciação das autoridades nacionais. Os Estados-membros estabelecerão que essas autoridades se certificarão, nomeadamente, da conformidade dos projectos que lhe são apresentados com as disposições nacionais tomadas nos termos da presente directiva. Se o considerarem oportuno, as autoridades solicitarão a opinião das pessoas em causa ou dos seus representantes. **3.** Os projectos de códigos comunitários, assim como as alterações ou prorrogações de códigos comunitários existentes, poderão ser submetidos ao grupo referido no artigo 29º O grupo pronunciar-se-á, nomeadamente, quanto à conformidade dos projectos submetidos à sua apreciação com as disposições nacionais adoptadas em aplicação da presente directiva. Se o considerar oportuno, solicitará a opinião das pessoas em causa ou dos seus representantes. A Comissão pode garantir uma publicidade adequada dos códigos aprovados pelo grupo”.

individual, quanto a investigação e decisão sobre denúncias de violações à proteção de dados pessoais⁷⁸.

No plano internacional também foi notado o crescimento da importância e poder do processamento computadorizado de dados. Um dos primeiros e mais relevantes documentos a nível supranacional sobre proteção de dados foi “*Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*” produzido pela OCDE em 1980⁷⁹ e atualizado em 2013⁸⁰, bem como “*Declaration on Transborder Data Flows*” em 1985. A pretensão era estabelecer padrões normativos comuns e garantir o livre fluxo informacional entre os países membros⁸¹.

O consenso obtido na década de 1980 foi tão significativo que os conceitos, fundamentos e objetivos da diretriz (*guidelines*) estão presentes nas normas atuais sobre proteção de dados⁸². Contudo, deve ser ponderada a intensidade dessa influência, uma vez que vários países que compõem referida organização são europeus. Assim, a finalidade e o próprio texto produzido refletem o que estava consolidado nas normas nacionais de proteção de dados na Europa⁸³.

⁷⁸ MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 233-234.

⁷⁹ OCDE. **OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. Paris: OECD Publishing, 2002.

⁸⁰ O fundamento da atualização foi o reconhecimento das profundas mudanças no contexto se comparado com trinta anos antes, especialmente na escala do tratamento de dados, a abordagem a partir do risco e a necessidade de tratar do tema em escala global. Conferir: OCDE. **Recommendation of the Council concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0188>. Acesso em: 4 nov. 2024 e OCDE. **Explanatory memoranda of the OECD Privacy Guidelines**. OECD Digital Economy Papers, n. 360, Paris: OECD Publishing, 2023, p. 4-5. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/ea4e9759-en>.

⁸¹ Bioni destaca que, além de almejar um ambiente regulatório uniforme, a maioria dos princípios faz referência ao titular de dados, o que destaca a sua centralidade e a necessidade de participação ao longo de todo o fluxo informacional (BIONI, 2020, p. 113-116).

⁸² A diretriz de 1980 e a atualização de 2013 apresentam conceitos e princípios cujo conteúdo é amplamente aceito e adotado nas atuais normas de proteção de dados. Por exemplo, os conceitos de “*data controller*” e “*personal data*” e os princípios da “*collection limitation, data quality, purpose specification, use limitation, security safeguards, openness, accountability*”.

⁸³ “*In Europe, almost all the national norms enacted after 1981 reflected the spirit if not the text of the OECD guidelines. It is difficult, though, to accurately measure the actual, genuine influence of those guidelines. After all, the principles embodied in them were themselves distilled from already-enacted data-protection norms in Europe*” (MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 220).

A Diretiva Europeia sobre Proteção de Dados Pessoais de 1995 (95/46/EC) é uma síntese das gerações de normas europeias e exprime o resultado da experiência com as normas nacionais europeias⁸⁴ e a implementação da diretriz da OCDE.

No entanto, a natureza normativa das diretivas não foi suficiente para garantir o, cada vez mais intenso, livre fluxo de informações.

Conforme o artigo 288º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁸⁵, “o regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros”, ao passo que “a diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”.

A leitura do artigo 288º do TFUE permite concluir que as diretivas europeias possuem natureza teleológica e são destinadas aos Estados-membros, com o objetivo de estabelecer um fim comum desejado na União Europeia. Contudo, cada país mantém autonomia na maneira de implementar e alcançar esses objetivos. Portanto, cabe a cada governo nacional materializar e aplicar as diretivas, “traduzindo” suas disposições em normas internas por meio das quais os objetivos serão concretizados⁸⁶.

Em razão disso, a proteção de dados ainda era feita nacionalmente, cada um dos países com seus próprios ordenamentos jurídicos e especificidades, o que dificultava a harmonia e a circulação de dados na Europa⁸⁷. Por outro lado, o

⁸⁴ A Convenção 108/1981 do Conselho da Europa possui influência na formação da proteção de dados pessoais como tema de direitos humanos, pois incentiva os países signatários a legislar adequadamente sobre a matéria, ver: DONEDA, 2019, p. 193-194.

⁸⁵ **TFUE. Artigo 288º.** *Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes. As recomendações e os pareceres não são vinculativos.*

⁸⁶ ADAM, Roberto; TIZZANO, Antonio. **Lineamenti di Diritto dell’Unione Europea**. 4ª edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 140.

⁸⁷ *“Belatedly, in 1995, the European Union, after almost a decade of discussion, passed legislation directing its member states to enact specific data-protection norms. Thus, data protection has been seen largely as a national issue embodying unique national traits of privacy and individual self-determination [...] Lately, this national outlook has come under increasing pressure from the mounting international demand for massive cross-border flows of information and the resulting desire for a more homogeneous European data-protection regime”* (MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 220).

regulamento supre essas dificuldades, uma vez que possui aplicação direta nos Estados-membros destinatários e independe de normas para internalização por cada país.

Desse modo, para enfrentar a fragmentação na implementação da diretiva por cada país, o legislador europeu decidiu substituir a Diretiva 95/46/CE pelo Regulamento (UE) 2016/679. Tal regulamento foi aprovado em 2016 e está em vigor desde maio de 2018. Conhecido como GDPR (sigla em inglês para *General Data Protection Regulation*), o regulamento mantém o objetivo de harmonizar a livre circulação de dados pessoais com a proteção dos direitos e liberdades individuais⁸⁸. Para isso, aprimora, especifica e fortalece os direitos e obrigações relacionados a esses dados.

Seria possível identificar o GDPR como a inauguração de uma nova geração de normas de proteção de dados pessoais. Ao contrário das normas anteriores, e especialmente a diretiva substituída, há o reconhecimento da necessidade de homogeneizar as normas para facilitar o tráfego de dados para além das fronteiras de cada país. Isso se deve ao fato de o fluxo informacional transnacional ter atingido um patamar elevado que exigiria maior harmonização entre as diferentes leis para permitir o desenvolvimento econômico, o que é alcançável por meio de um regulamento.

Antes de analisar os elementos do GDPR, é necessário fazer alguns apontamentos sobre o contexto social e normativo europeu.

Destaca-se a longa experiência do bloco europeu em proteção de dados pessoais, especialmente a consolidação a nível governamental e a atuação das autoridades nacionais de proteção de dados pessoais.

No entanto, para além disso, 1) foi aprovado um programa a nível comunitário preocupado com a transformação digital da economia e da sociedade, 2) bem como há preocupações de ordem geopolítica.

A respeito do primeiro tópico, a Comissão Europeia apresentou o programa “Década Digital”⁸⁹, uma iniciativa para guiar a transformação digital da Europa com metas e objetivos concretos para 2030.

⁸⁸ Conforme considerandos 9, 10 e 11 do GDPR.

⁸⁹ Decisão (UE) 2022/2481 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022 Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/europes-digital-decade>. Acesso em: 10 set. 2024.

A atuação ocorre em quatro eixos: a capacitação digital da população, o desenvolvimento de infraestruturas digitais seguras, a transformação digital das empresas e a digitalização dos serviços públicos⁹⁰. Dentre os objetivos, o artigo 3º(1)(f) da Decisão (UE) 2022/2481 prevê “Promover um quadro regulamentar digital da União para ajudar as empresas da União, em especial as PME [pequenas e médias empresas], a competir de forma equitativa ao longo das cadeias de valor mundiais”.

Portanto, na União Europeia, o GDPR, embora ostente a figura central com diretrizes gerais, integra uma estrutura regulatória mais ampla. Além do GDPR, esse sistema inclui outras normas supranacionais, das quais cabe destacar o *Data Act*, o *AI Act*, *Data Governance Act* (DGA), o *Digital Services Act* (DSA) e o *Digital Markets Act* (DMA)⁹¹.

Quanto ao segundo tópico, é importante destacar que o controle sobre os dados pessoais também possui uma dimensão geopolítica. Por um lado, a adoção de regras mais rigorosas, como no modelo europeu, que oferece mais direitos ao indivíduo em comparação com outros países, pode gerar impactos negativos caso sejam desproporcionais ou desequilibrem os demais interesses protegidos, como os econômicos.

Às vésperas da entrada em vigor do GDPR, Giusella Finocchiaro ponderou que a adoção dessa norma poderia resultar no fortalecimento do modelo europeu ou o isolamento da Europa no contexto global⁹².

⁹⁰ Conforme artigo 4º da Decisão (UE) 2022/2481. Uma síntese pode ser encontrada em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_pt e <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/europes-digital-decade>.

⁹¹ O *Data Act*, em direção a um mercado único de dados na União Europeia, regulamenta o acesso, uso e compartilhamento de dados pessoais e não pessoais no mercado europeu, especialmente aqueles gerados por dispositivos conectados à internet (*internet of things*) e serviços digitais. O *Data Governance Act* estabelece um quadro normativo harmonizado de governança e compartilhamento de dados. O *Digital Services Act* e o *Digital Markets Act* compõem um pacote legislativo destinado a criar um espaço digital mais seguro aos usuários e com condições de concorrência justa, o primeiro regula provedores de serviço *online*, por exemplo, redes sociais, *marketplaces* e motores de busca. O segundo regula as grandes plataformas digitais consideradas “controladoras de acesso” (*gatekeepers*). Por fim, o *AI Act* é um marco regulatório para o uso de sistemas de inteligência artificial. Para um panorama geral da estrutura regulatória da União Europeia, conferir: ITS Rio. **Árvore regulatória na União Europeia: lições para regulação de IA no Brasil**. Disponível em: <https://ai.vozesdaregulacao.org.br/relatorio-arvore-regulatoria-ue-ia>. Acesso em: 10 set. 2024.

⁹² “Ancora, il tema geo-politico. La legislazione europea si caratterizza per essere particolarmente rigorosa e protettiva dei diritti dell’individuo: occorrerà verificare se questo condurrà ad un’affermazione del modello europeo o invece ad un isolamento dell’Europa nel contesto globale” (FINOCCHIARO, 2017, p. 2).

Passados alguns anos da sua entrada em vigor, é possível fazer um balanço da sua efetividade.

A União Europeia não sofreu com o isolamento, pelo contrário, o modelo europeu se consolidou e influenciou as normas sobre a matéria ao redor do mundo, como é o caso do Brasil.

Além disso, em 2020, a aplicação do GDPR foi considerada bem-sucedida pela Comissão Europeia⁹³ e pelo Comitê Europeu para a Proteção de Dados⁹⁴ (em inglês, *European Data Protection Board* (EDPB)), os quais observaram a transformação positiva da proteção de dados em âmbito europeu com o fortalecimento e proporcionalidade da atuação sancionatória das autoridades nacionais e o aumento da consciência sobre proteção de dados pelas pessoas e empresas. Além disso, observou-se uma redução na fragmentação da disciplina entre os países, com um movimento progressivo em direção ao desenvolvimento de uma cultura europeia de proteção de dados pessoais.

⁹³ Após dois anos em vigor, o GDPR foi avaliado da seguinte forma: “*The GDPR set up an innovative governance system, based on independent data protection authorities in the Member States and their cooperation in cross-border cases and within the European Data Protection Board (‘the Board’). The general view is that data protection authorities have made balanced use of their strengthened corrective powers, including warnings and reprimands, fines and temporary or definitive processing limitations*” (UNIÃO EUROPEIA. **COM(2020) 264**. Data protection as a pillar of citizens’ empowerment and the EU’s approach to the digital transition - two years of application of the General Data Protection Regulation, 24 jun. 2020, p. 5-9. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0264>. Acesso em: 20 nov. 2024).

⁹⁴ Após cinco anos e meio em vigor, o impacto do GDPR ainda foi avaliado de forma positiva: “*The application of the GDPR in the first 5 and a half years has been successful. The GDPR has strengthened, modernised and harmonised data protection principles across the EU. Awareness of data protection rights and obligations was raised significantly among data subjects, as well as public and private organisations. Additionally, supervisory authorities (SAs) are using their investigative and corrective powers whenever appropriate and have reinforced their cooperation. The GDPR is also contributing to an increased global visibility of the EU legal framework and is often considered as a model by countries outside the EU who are revising their own legal framework, or adopting data protection legislation for the first time [...] In conclusion, 5 and a half years after the entry into application of the GDPR, the EDPB takes a positive view of the implementation of the GDPR including its capacity to also stand the test of new technological and societal developments. Therefore, the EDPB considers that there is no need to revise the legislative text at this point in time.*” (EDPB. **Contribution of the EDPB to the report on the application of the GDPR under Article 97**, 12 dez. 2023, p. 3 e 6. Disponível em: https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/contribution-edpb-report-application-gdpr-under-article-97-2023_en. Acesso em: 20 nov. 2024).

Posteriormente, em 2024, a Comissão Europeia voltou a avaliar positivamente o impacto do GDPR⁹⁵, destacando que contribuiu para o controle das pessoas de seus dados pessoais, para criar condições de concorrência leal entre empresas e impulsionar a transformação digital na União Europeia.

No contexto concorrencial, o respeito às normas de proteção de dados é imperativo. Contudo, é necessário considerar que a adequação a essas normas envolve custos, de modo que o cumprimento não deve ser excessivamente oneroso a ponto de inibir a atividade econômica, assim como quem descumpre tais obrigações não pode se beneficiar dessa omissão.

A conformidade à legislação exige a avaliação da organização e da segurança da atividade desenvolvida, além dos custos financeiros envolvidos na proteção de dados. O impacto financeiro da adequação varia conforme o porte da empresa, podendo representar um ônus significativo ou até desproporcional, o que deve ser devidamente considerado⁹⁶.

⁹⁵ Após seis anos em vigor, o GDPR foi avaliado da seguinte forma: *“In the 6 years since the GDPR became applicable, it has empowered people by allowing them to have control over their data. It has also helped create a level playing field for businesses, and provided a cornerstone for the panoply of initiatives that are driving the digital transition in the EU”* (UNIÃO EUROPEIA. **COM(2024) 357**. Second Report on the application of the General Data Protection Regulation, 25 jul. 2024, p. 28. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52024DC0357>. Acesso em: 23 dez. 2024).

⁹⁶ Sensível ao possível impacto econômico desproporcional que a adequação pode representar para algumas empresas de menor porte, a ANPD aprovou a Resolução CD/ANPD nº 18/2024 que dispensa a indicação do encarregado pelo tratamento de dados por agentes de tratamento de pequeno porte (art. 3º, §3º), uma vez que a LGPD, nos arts. 5º, VIII e 41, não especifica ou torna obrigatória a atuação do encarregado.

Por sua vez, retomando a questão geopolítica, deve-se destacar a disputa que envolve interesses econômicos⁹⁷ e de segurança⁹⁸⁻⁹⁹.

E para isso é necessário analisar os sujeitos que possuem o controle sobre os dados e a atividade de tratamento. E são dois os principais agentes: o Estado e o setor privado. A análise de dados potencializou uma atividade tradicionalmente realizada pelos Estados: garantia da segurança, da ordem pública, a prevenção e repressão de delitos. Em outras palavras, a datificação, por meio da digitalização da administração pública, incrementou a capacidade de controle dos dados dos cidadãos¹⁰⁰.

Além do controle sobre seus próprios cidadãos, um Estado consegue controlar dados sobre cidadãos estrangeiros não residentes naquele país, o que torna mais complexa a relação indivíduo-Estado e permitiria o controle de um Estado sobre outro Estado.

Nesse contexto, revelam-se questões de soberania nacional e de cidadania, no sentido de garantias e direitos fundamentais, de uma pessoa diante de um Estado com o qual não possui relação. Nessa perspectiva, a proteção de dados pessoais

⁹⁷ *“Tuttavia, ancora una volta, appare evidente che la protezione dei dati personali costituisca un tema politico di grande rilevanza, in cui gli interessi economici relativi al bene «informazione» sono sempre più evidenti”* (FINOCCHIARO, 2017, p. 20).

⁹⁸ *“Il Governo Conte I, con una certa disinvoltura (ma non isolatamente a livello europeo), stava concretamente vagliando, per il tramite di un membro del Governo vicino al governo cinese, la possibilità di affidare la costituzione della rete 5G a un noto operatore cinese. In via ufficiale, l'ambasciata statunitense affermò che la Nato e gli Stati Uniti avrebbero, in tal caso, limitato la condivisione di informazioni con l'Italia. Pochi mesi più tardi la vicenda assunse tutt'altra piega e, come noto, poi l'esperienza di quel governo si concluse (il 4 settembre 2019). Le infrastrutture materiali e immateriali attinenti alla circolazione dei dati rappresentano una questione dirimente di interesse e sicurezza nazionale e di collocazione geopolitica. Gli Stati dipendono dalla circolazione dei dati e delle informazioni attraverso la rete Internet e dalle relative infrastrutture”* (CALZOLAIO, Simone. Vulnerabilità della società digitale e ordinamento costituzionale dei dati. **Rivista italiana di informatica e diritto**, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 13–33, 2024, p. 18).

⁹⁹ Outro exemplo é a restrição à atuação e comercialização da empresa chinesa de tecnologia Huawei no mercado dos Estados Unidos, justificada por questões de segurança de dados e espionagem. A empresa foi acusada de estar vinculada ao governo chinês e repassar dados obtidos em seus dispositivos. Determinada em 2019 e reforçada em 2020, essa medida deve ser analisada no contexto da escalada das tensões comerciais e geopolíticas entre os Estados Unidos e a China.

¹⁰⁰ CALZOLAIO, 2017, p. 601.

supera a dimensão individual e se revela, inclusive, como instrumental para proteger e garantir a independência do próprio Estado¹⁰¹.

Se por um lado os bancos de dados da administração pública possuem vasta quantidade de dados, é ainda mais significativo o banco de dados mantido pelas empresas de comunicação e informações privadas. Assim, o maior protagonista no processo de datificação é o setor privado, especialmente as empresas de tecnologia pioneiras no *data-driven innovation*¹⁰².

A atuação desse setor no que concerne coleta e tratamento de dados ocorre em diversas formas, das quais cabe destacar duas.

A primeira, são os provedores de serviços *online*, que são os intermediários de serviços na internet que, ao mesmo tempo, contribuem para o desenvolvimento da rede, pois desenvolvem novos produtos e serviços. Esses provedores, por meio dessa atividade, tratam, conservam e analisam grande quantidade de dados pessoais¹⁰³.

A segunda atuação é o uso de dados para melhorar os produtos e serviços da empresa. Para isso, a empresa pode realizar esse aprimoramento internamente, utilizando bancos de dados obtidos por meio de suas atividades ou adquiridos de terceiros, ou ainda contratar terceiros para realizar a análise de seus dados. Além disso, a própria estruturação da atividade econômica pode ser voltada para o tratamento de dados, os quais se tornam o produto a ser comercializado.

¹⁰¹ *"In sintesi, la questione della protezione dei dati personali dell'interessato trascende – nei rapporti fra Stati – la dimensione del diritto individuale e si appalesa come strumentale a proteggere e garantire l'indipendenza esterna dello Stato stesso"* (CALZOLAIO, 2017, p. 601).

¹⁰² *"ICT [Information and communication Technologies] firms heavily rely on KBC [Knowledge-Based Capital] investments, in particular software and data. This is especially apparent in the asset structure of Internet firms, such as Google and Facebook, where physical assets accounted for only around 15% of the firms' worth as of 31 December 2013"; "The rest of the ICT sector (excluding Internet firms) has begun to recognise big data as a new business opportunity and is making significant investments to catch up and jump on the big data bandwagon" e "There is, however, a rapidly growing interest from non-ICT businesses across the economy in big data-related technologies and services to exploit data for innovation – that is to say, for developing new, or for improving existing, products, processes and markets"* (OCDE, 2015, p. 22, 23 e 25).

¹⁰³ São os *gatekeepers* mencionados no *Digital Markets Act*. Conforme esse regulamento, são um grupo restrito de grandes plataformas digitais que exercem controle significativo sobre o acesso de empresas menores e usuários a produtos e serviços, conforme considerando 3 e 4 e arts. 2º(1) e 3º(1) do referido regulamento. A Comissão Europeia designou seis *gatekeepers* até o momento: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft.

Constata-se que, na *data-driven innovation*, a posse de dados é essencial para o desenvolvimento, tornando-se um fator de competição¹⁰⁴. As empresas buscam liderar e competem entre si pela obtenção de dados. Essa perspectiva difere da acumulação de dados pelo Estado, que é focada na segurança. Contudo, há também uma concorrência entre sujeitos públicos e privados quanto à capacidade de acumular, analisar e utilizar dados¹⁰⁵.

A partir da apresentação do contexto, fundamentos e o processo de desenvolvimento que a privacidade e a proteção de dados passaram em sua formação, é possível analisar a sua concretização por meio do GDPR.

2.2.1 GDPR: estrutura e princípios

O objetivo deste tópico é apresentar o conteúdo do regulamento europeu e abordar alguns dos principais elementos para explicitar as semelhanças com a lei brasileira e, posteriormente, analisar esses elementos no âmbito da responsabilidade civil.

Como mencionado, o Regulamento (UE) 2016/679 “relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados” substituiu a Diretiva 95/46/CE e está em vigor desde 2018.

O regulamento estabelece uma disciplina uniformizada sobre proteção de dados e tem como objeto e objetivos conciliar a livre circulação dos dados pessoais e a proteção dos indivíduos representados por seus dados (artigo 1º do GDPR).

¹⁰⁴ A disputa por dados também tem ganhado relevos de direito concorrencial. Tendo em vista o valor econômico dos dados pessoais, algumas práticas, principalmente das grandes empresas de tecnologia, têm contornos que poderiam prejudicar a livre concorrência. Um exemplo é a decisão de fevereiro de 2019 B6-22/16 da autoridade alemã de defesa da concorrência (*Bundeskartellamt*) em face do Facebook. “*Interessa sottolineare il nesso antitrust-protezione dei dati personali. La violazione non consiste nell’uso dei dati, ma nell’uso dei dati senza il valido consenso degli utenti, assunto come fattore di degradazione di un parametro qualitativo della concorrenza. Tuttavia, il vizio del consenso prescinde dall’esistenza di una posizione di dominanza sul mercato. E allora, affinché un vizio nella concessione del consenso possa essere altresì considerato fonte di danno competitivo, occorre accertare che: a) solo un’impresa dominante è in grado di estrarre il consenso in questione e nessun’altra impresa potrebbe farlo proficuamente; e b) il consenso ottenuto dall’impresa dominante è significativamente e persistentemente più oneroso di quello che sarebbe stato possibile in condizioni di effettiva concorrenza (as-if analysis)*” (MIDIRI, Mario. Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant. **Federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo**, n. 14, mai. 2020, p. 223-224).

¹⁰⁵ CALZOLAIO, 2017, p. 602.

Embora o tratamento de dados não se limite ao meio digital (artigo 2º(1) do GDPR), a opacidade sobre como novas tecnologias realizam esse processamento de dados intensifica as preocupações com a proteção da privacidade e dos dados pessoais¹⁰⁶. Nesse contexto, o GDPR apresenta conceitos e estrutura a proteção a partir de princípios, a previsão de direitos do titular, bases legais para o tratamento de dados e sanções.

O regulamento é introduzido por um elenco de 173 considerandos, que em essência servem como exposição de motivos e contextualização dos dispositivos.

Logo no início, o GDPR é situado como norma a concretizar o direito fundamental à proteção de dados pessoais previsto no artigo 8º, nº 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁰⁷ e o artigo 16º, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁰⁸.

Nos artigos 1º ao 3º estão dispostos o objeto, os objetivos, o âmbito de aplicação material e territorial da norma.

No que diz respeito à aplicação material, a norma é aplicável quando for feito qualquer tipo de tratamento de dados pessoais, automatizado ou não, com algumas exceções, por exemplo, quando efetuado por um indivíduo no exercício de atividades

¹⁰⁶ A falta de transparência das decisões tomadas por processamento automatizado de dados e a consequente dificuldade ao direito de revisão dessas decisões deu origem à comparação com uma “caixa-preta” (*black box*): “Almeno per quanto sin qui osservabile in letteratura, vi è una differenza strutturale fra il metodo utilizzato dalle macchine per sviluppare le correlazioni e quello storicamente sin qui adottato. Le macchine individuano le correlazioni fra dati – e quindi le informazioni utili – secondo modalità e processi che non sempre spiegano la causa delle correlazioni osservate (ciò viene sintetizzato con l’espressione *black-box*, che fa riferimento alla difficoltà di decifrare il percorso logico seguito dalla macchina nel progredire nelle correlazioni fra dati). In estrema sintesi, in alcuni casi la vicenda è analoga a quella dello studente che riesce a gabbare il professore di matematica, resolvendo una operazione complessa attraverso la calcolatrice, invece che sviluppando il faticoso procedimento analitico implicato nell’equazione. Egli fornisce la risposta esatta e magari ottiene anche un bel voto, ma non è in grado di sviluppare l’operazione autonomamente. [...] Ma non possiamo – a quanto sembra – dimostrare razionalmente la ragione per cui la correlazione dei dati conduce a queste predizioni (probabilisticamente) esatte. È stato osservato che – come nell’esempio scolastico – tale opacità del processo implica una incompletezza strutturale dell’informazione, la quale può condurre a decisioni sbagliate, sulla base di informazioni che hanno indole predittiva, ma non sono esaustive, se non altro in quanto non spiegano le ragioni delle correlazioni e non rendono il decision maker in grado di ponderare le basi (e quindi anche le conseguenze) delle decisioni assunte. Più spesso, comunque, il decision maker adotterà decisioni giuste – azzeccate, è forse più corretto dire –, ma senza comprenderne esaustivamente le ragioni” (CALZOLAIO, 2017, p. 599).

¹⁰⁷ **CDFUE. Artigo 8º. Proteção de dados pessoais. 1.** Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.

¹⁰⁸ **TFUE. Artigo 16º. 1.** Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.

exclusivamente pessoais ou domésticas ou por autoridades para questões de segurança e ordem pública (artigo 2º(2) do GDPR).

Além disso, cabe destacar o alcance da norma, uma vez que a aplicação não se restringe ao território da União Europeia. O artigo 3º(1) estabelece que o regulamento se aplica às atividades de tratamento realizadas pelo “responsável pelo tratamento”¹⁰⁹ com sede principal na União Europeia, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora do território europeu.

No mesmo sentido, conforme o artigo 3º(2), a aplicação do regulamento não se restringe aos responsáveis localizados na União Europeia, abrangendo também aqueles que realizam o tratamento de dados pessoais de residentes europeus com a finalidade de oferecer bens ou serviços a esses titulares, mesmo sem exigência de pagamento, ou para monitorar seu comportamento.

Essa aplicação extraterritorial evidencia elementos da geopolítica envolvida na proteção de dados pessoais, conforme mencionado anteriormente, ainda mais quando grandes empresas do setor da tecnologia e da informação não são europeias, mas atuam nesse importante mercado¹¹⁰.

O artigo 4º apresenta definições de fundamental importância para a adequada compreensão e aplicação do regulamento, das quais cabe destacar algumas. O objeto do regulamento são os dados pessoais, de modo que os dados que não forem pessoais não são objeto do regulamento. Portanto, o artigo 4º(1) define que dado pessoal é qualquer informação relativa a uma pessoa física identificada ou

¹⁰⁹ Correspondente ao controlador na LGPD.

¹¹⁰ “*In questo senso milita la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea con molte decisioni fra le quali le più note: quelle relative ai casi Google e Schrems. In estrema sintesi, la Corte, anticipando il Regolamento afferma l'applicabilità della normativa europea anche nel caso in cui i titolari di trattamento dei dati personali [controlador na LGPD] siano soggetti non europei e i dati vengono trattati prevalentemente fuori dall'Europa*” (FINOCCHIARO, 2017, p. 19-20). Os casos mencionados são Google Spain v. AEPD e Mario Costeja González (caso C-131/12) e Schrems I (caso C-362/14), ao qual se seguiu anos depois o Schrems II (caso C-311/18). A respeito dos dois primeiros casos, conferir: FINOCCHIARO, Giusella. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems. **Il Diritto dell'informazione e dell'informatica**. [S. l.], v. 4-5, 779-799, 2015.

identificável¹¹¹, direta ou indiretamente com cruzamento com outros dados¹¹². Essa pessoa é definida como “titular de dados”. Alguns dados são facilmente identificados como pessoais, como nome e sobrenome, mas também são dados pessoais o endereço residencial, endereço de *e-mail*, número de registro individual, dados sobre a localização e endereço de *Internet Protocol* (IP)¹¹³.

A atividade de tratamento é conceituada pelo artigo 4º(2) como “uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados”, por exemplo, a coleta, organização, armazenamento, adaptação, modificação, consulta, utilização, divulgação ou a destruição. A definição é ampla e demonstra a diversidade de usos que os dados pessoais têm e como a norma se aplica do início até após o final do processamento dos dados.

¹¹¹ A definição coincide com a proposta nas diretrizes da OCDE: “*Personal data are defined by the OECD Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data as “any information relating to an identified or identifiable individual (data subject)”. Any data that are not related to an identified or identifiable individual are therefore “non-personal” data. However, data analytics has made it easier to relate seemingly non-personal data to an identified or identifiable individual, thus blurring the boundaries between non-personal and personal data (see Chapter 5). It should be noted that the definition of personal data applied here does not distinguish between data (as inherently meaningless representation of facts) and information (as the meaning resulting from the interpretation of data). In other words, personal data and personal information are used as synonyms in this report*” (OCDE, 2015, p. 451).

¹¹² O considerando 26 destaca que a situação da pessoa física identificável deve ser analisado sob um critério de razoabilidade dos meios e esforços necessários para tornar essa pessoa identificada: “*Os princípios da proteção de dados deverão aplicar-se a qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável. Os dados pessoais que tenham sido pseudonimizados, que possam ser atribuídos a uma pessoa singular mediante a utilização de informações suplementares, deverão ser considerados informações sobre uma pessoa singular identificável. Para determinar se uma pessoa singular é identificável, importa considerar todos os meios suscetíveis de ser razoavelmente utilizados, tais como a seleção, quer pelo responsável pelo tratamento quer por outra pessoa, para identificar direta ou indiretamente a pessoa singular. Para determinar se há uma probabilidade razoável de os meios serem utilizados para identificar a pessoa singular, importa considerar todos os fatores objetivos, como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica. Os princípios da proteção de dados não deverão, pois, aplicar-se às informações anónimas, ou seja, às informações que não digam respeito a uma pessoa singular identificada ou identificável nem a dados pessoais tornados de tal modo anónimos que o seu titular não seja ou já não possa ser identificado. O presente regulamento não diz, por isso, respeito ao tratamento dessas informações anónimas, inclusive para fins estatísticos ou de investigação*”.

¹¹³ O *Article 29 Data Protection Working Party* foi um órgão consultivo constituído sob a vigência da Diretiva 95/46/CE. A *Opinion 4/2007 on the concept of personal data* fornece interpretações sobre os elementos que transformam um dado em pessoal (*any information, relating to, identified or or identifiable e natural person*) orientando, se necessário, a qualificação de um dado como pessoal no caso concreto.

Em relação aos sujeitos envolvidos nesta relação jurídica, o artigo 4º(7) e (8) define o “responsável pelo tratamento” e o “subcontratante”¹¹⁴. O responsável é a pessoa física ou jurídica, a autoridade pública, o serviço ou outro órgão que, individualmente ou em conjunto com outros, determina as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais.

Já o subcontratante, figura eventual e não obrigatória, refere-se à pessoa física ou jurídica que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do responsável. Em outras palavras, mesmo que o subcontratante não tenha coletado os dados, ele pode atuar por designação do responsável para realizar o tratamento dos dados, devendo, assim, observar as normas do GDPR.

Os princípios que orientam o ciclo de tratamento de dados pessoais estão previstos no artigo 5º(1). Os dados pessoais devem ser tratados de forma lícita, leal e transparente em relação ao titular (princípios da licitude¹¹⁵, lealdade¹¹⁶ e transparência¹¹⁷). Além disso, o tratamento deve ser feito com finalidade determinada, explícita e legítima, sendo vedado o uso dos dados de maneira incompatível com o

¹¹⁴ Respectivamente controlador e operador do tratamento de dados nos termos adotados pela LGPD.

¹¹⁵ O tratamento é lícito quando é realizado com fundamento em alguma das bases legais previstas pelo art. 6º do GDPR.

¹¹⁶ “As operações de tratamento não podem ser realizadas em segredo e os titulares dos dados devem ter conhecimento dos potenciais riscos. Os responsáveis pelo tratamento devem ainda, na medida do possível, atuar de forma a cumprir prontamente os desejos da pessoa em causa, especialmente quando a base legal do tratamento de dados for o seu consentimento” (COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR AND EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. **Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2018, p. 135).

¹¹⁷ É a obrigação do controlador de manter o titular informado sobre como seus dados são utilizados ao longo de todo o ciclo de tratamento, ou seja, as informações devem estar acessíveis ao titular desde antes do início e durante o tratamento ou em razão de um pedido de acesso aos seus próprios dados. Para isso, as operações de tratamento devem ser explicadas de forma clara e simples, informando os riscos, regras e direitos. Conferir: COUNCIL OF EUROPE *et al.*, 2018, p. 136-137.

motivo que justificou sua coleta ou o consentimento concedido (princípio da limitação das finalidades¹¹⁸).

Os dados coletados também precisam ser adequados, pertinentes e limitados ao necessário para à finalidade do tratamento (princípio da minimização dos dados¹¹⁹). Os dados devem ser exatos e atualizados sempre que necessário (princípio da exatidão¹²⁰), o que assegura ao titular o direito de exigir a correção ou atualização de seus dados. A conservação de dados pessoais deve ser restrita ao período necessário para alcançar as finalidades do tratamento ou por período superior por razões legais (princípio da limitação da conservação¹²¹).

Impõe-se, ainda, que o tratamento seja realizado de forma a garantir a segurança dos dados pessoais (princípio da integridade e confidencialidade).

Para isso, é exigida a adoção de medidas técnicas e organizativas adequadas ao nível de risco associado à atividade de tratamento desenvolvida, visando reduzir ou impedir riscos de acesso ou divulgação não autorizados, bem como a perda ou destruição dos dados. Essas medidas, previstas no artigo 32º, devem ser implementadas tanto pelo responsável quanto pelo subcontratante, abrangendo todas as etapas do tratamento.

¹¹⁸ O princípio da finalidade é de fundamental importância. A finalidade de determinado tratamento deve ser suficientemente específica e clara, de modo que a pessoa saiba para que seus dados são utilizados ou para permitir o exercício de oposição ao tratamento. “O princípio exige que qualquer tratamento de dados pessoais deve ser feito para uma finalidade específica, bem definida e apenas para finalidades adicionais que sejam compatíveis com a finalidade inicial” (COUNCIL OF EUROPE et al., 2018, p. 140). No mesmo sentido, Danilo Doneda: “toda utilização dos dados pessoais deve obedecer à finalidade conhecida pelo interessado antes da coleta de seus dados. Este princípio possui grande relevância prática: com base nele, fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que pode-se, a partir dele, estruturar-se um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para uma certa finalidade (fora da qual haveria abusividade)” (DONEDA, 2019, p. 182).

¹¹⁹ O tratamento de dados deve ser limitado ao que é necessário para cumprir uma finalidade legítima. Em outras palavras, deve-se coletar a menor quantidade de dados pessoais possível, portanto, somente aqueles dados sem o qual o tratamento fica impossibilitado é que devem ser coletados.

¹²⁰ “os dados armazenados devem ser fieis à realidade, o que compreende a necessidade de que sua coleta e seu tratamento sejam feitos com cuidado e correção, e que sejam realizadas atualizações periódicas conforme a necessidade” (DONEDA, 2019, p. 182).

¹²¹ “O princípio de limitação da conservação significa que os dados pessoais devem ser apagados ou anonimizados logo que deixem de ser necessários para os fins para que foram recolhidos” (COUNCIL OF EUROPE et al., 2018, p. 147).

Por fim, como uma das principais inovações do regulamento europeu, o princípio da *accountability* (ou da responsabilidade) reflete a mudança na abordagem do risco¹²².

Previsto no artigo 5º(2), a *accountability* exprime a ideia de “prestação de contas” e “responsabilização”. É obrigação daquele que trata dados pessoais implementar medidas técnicas e organizacionais para garantir um nível de segurança apropriado, considerando as melhores medidas de segurança (estado da arte), os custos de implementação, a natureza dos dados, o contexto, finalidade, o risco e os danos em potencial da atividade desenvolvida (artigo 32º do GDPR).

Dessa forma, o princípio da *accountability* se traduz na responsabilidade de empregar medidas de segurança apropriadas e eficazes e a capacidade de demonstrar a adoção dessas medidas¹²³.

Para concluir a abordagem de aspectos essenciais do GDPR relevantes para a continuação deste trabalho, resta apresentar as situações em que o tratamento de dados pessoais é considerado lícito. Para isso, o regulamento europeu estabelece que qualquer tratamento deve se enquadrar em pelo menos uma das hipóteses do artigo 6º, no caso de dados pessoais comuns, e artigo 9º, no caso de categorias especiais de dados pessoais¹²⁴.

A regra geral em relação aos dados pessoais especiais é a vedação ao tratamento. Por sua vez, em relação aos dados comuns, o artigo 6º prevê as bases legais que justificam o tratamento: a) o consentimento; b) a necessidade para a execução de um contrato ou diligências pré-contratuais do qual o titular é parte; c) a necessidade para o cumprimento de uma obrigação legal por parte do controlador; d) a necessidade para defender interesses vitais do titular; e) a necessidade para o

¹²² FINOCCHIARO, 2017, p. 12. Cabe ressaltar que referido princípio já se encontrava nas diretrizes da OCDE de 1980 (*“Accountability Principle. 14. A data controller should be accountable for complying with measures which give effect to the principles stated above”*). No entanto, não estava presente na diretiva europeia e foi introduzido no GDPR.

¹²³ *“Il titolare del trattamento [controlador] dovrebbe anche garantire l’efficacia delle misure adottate e dimostrare, su richiesta, di aver intrapreso tali azioni. Quindi, come si è affermato, previsione della responsabilità e prova delle misure adottate per fare fronte alla responsabilità”* (FINOCCHIARO, 2017, p. 15).

¹²⁴ É a categoria correspondente aos “dados pessoais sensíveis” da LGPD, os quais revelam a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, filiação sindical, dados genéticos, biométricos e relativos à saúde ou relativos à vida e orientação sexual.

exercício de funções de interesse público; f) a necessidade para atender ao legítimo interesse do controlador.

Embora o consentimento seja uma das bases legais mais mencionadas, é apenas uma de várias bases legais, a qual nem sempre é a mais adequada ao tratamento que se pretende realizar.

Em uma visão geral da estrutura do regulamento, identifica-se que o legislador europeu definiu as bases legais que legitimam o tratamento de dados pessoais, como o consentimento, a execução de contratos, o cumprimento de obrigações legais, a proteção de interesses vitais, o interesse público e os interesses legítimos do controlador.

Além disso, estabeleceu princípios que orientam o tratamento de dados, como transparência, limitação da finalidade, minimização, integridade e confidencialidade. Esses princípios e bases são essenciais para garantir que o tratamento de dados seja lícito e respeite os direitos fundamentais dos titulares.

Há também a regulamentação dos direitos dos titulares (artigo 12º e seguintes). Eles incluem o direito de acesso, à portabilidade, à retificação, ao esquecimento, à limitação do tratamento e à oposição ao tratamento automatizado, incluindo o *profiling*.

Para assegurar o cumprimento do regulamento também são definidas diversas obrigações dos agentes de tratamento: o responsável pelo tratamento (controlador na LGPD), define as finalidades e meios do tratamento, e o subcontratante (operador na LGPD), que atua sob as instruções do controlador (artigo 24º e seguintes).

Adicionalmente, o regulamento destaca a proteção de dados por *design* e por padrão (*privacy by design* e *privacy by default*), ou seja, exige que a preocupação com a proteção de dados seja considerada desde a concepção da atividade de tratamento e que as organizações integrem a proteção de dados em suas operações por padrão e desde o início (artigo 25º).

O GDPR também estabelece requisitos para o aviso sobre a política de privacidade, que deve ser clara, precisa e detalhar quais dados são necessários e a finalidade do tratamento, permitindo assim um consentimento livre, específico e informado.

A responsabilização dos agentes de tratamento, administrativa ou judicial, encontra previsão no artigo 77º e seguintes, com destaque ao artigo 82º que estabelece o direito à indenização.

Por fim, o Regulamento dispõe sobre procedimentos em caso de vazamento de dados (*data breach*), obrigações relacionadas à avaliação de impacto em tratamentos de alto risco (DPIA), os deveres do *Data Protection Officer* (DPO) e as sanções aplicáveis em caso de violação, dentre as quais se destaca as multas administrativas que podem alcançar elevados valores (20 milhões de euros ou até 4% do faturamento global total no exercício fiscal anterior).

2.3 PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL: DA FRAGMENTAÇÃO À CONSOLIDAÇÃO

O Brasil também está inserido no cenário tecnológico global, em que todas as atividades realizadas na internet ou em dispositivos inteligentes (*smart*) geram dados que podem ser utilizados por aqueles que detêm seu controle por meio da disponibilização de produtos e serviços. Assim como ocorreu na Europa nas últimas décadas, culminando no GDPR, o impacto das transformações tecnológicas igualmente foi sentido no Brasil, trazendo à tona e reforçando as recentes discussões sobre a proteção de dados pessoais, especialmente com a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

No entanto, existem diferenças importantes entre o contexto regulatório brasileiro e o europeu. Embora as normas sobre proteção de dados pessoais sejam semelhantes, é fundamental considerar as circunstâncias políticas, econômicas e sociais, além do conjunto de normativas europeias sobre a matéria. Não se pode ignorar a experiência que os governos, autoridades independentes e o Poder Judiciário de cada país europeu adquiriram ao longo das décadas, bem como a experiência a nível supranacional. Assim, é um tema conhecido pela sociedade e há uma cultura de proteção de dados mais estabelecida, diferente do Brasil que ainda dá seus primeiros passos na matéria.

A análise da construção da cultura de proteção de dados pessoais no Brasil pode ser feita a partir da estrutura normativa do ordenamento jurídico¹²⁵.

¹²⁵ Optou-se por centrar a análise da legislação infraconstitucional nos dispositivos da LGPD, uma vez que são eles que possuem relação direta com os elementos da responsabilidade civil a serem abordados posteriormente. Para análise de algumas dessas leis setoriais, conferir: BIONI, 2020, p.120-126.

O sistema de proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro é composto pela Constituição Federal (1988), o Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/1990), Lei do *Habeas Data* (lei nº 9.507/1997), a Lei do Sigilo Bancário (Lei Complementar nº 105/2001), o Código Civil (lei nº 10.406/2002), a Lei do Cadastro Positivo (lei nº 12.414/2011), a Lei de Acesso à Informação (lei nº 12.527/2011), o Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/2014) e, por fim, a LGPD (lei nº 13.709/2018). Além dessas e outras leis que tutelam dados pessoais, devem ser observadas as regulamentações emitidas pela ANPD.

O que se pode observar é que até a promulgação da LGPD em 2018, a proteção de dados pessoais no Brasil era uma matéria abordada por meio de leis setoriais e não sistematizada, com possíveis conflitos e falta de unidade no que diz respeito a conceitos técnicos e princípios. Era uma “colcha de retalhos”, sem que houvesse uniformidade no regramento¹²⁶.

Do aspecto constitucional, também não havia garantia expressa da proteção de dados pessoais. Até a promulgação da Emenda Constitucional nº 115 de 2022, que modificou o artigo 5º com a inclusão de um inciso, tal proteção era extraída somente a partir de interpretação de outros direitos fundamentais relacionados com a privacidade¹²⁷.

Danilo Doneda defendia uma interpretação conjunta e mais fiel ao contexto atual dos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal¹²⁸, pois evidenciam a ligação entre os direitos relacionados à privacidade e à comunicação de dados¹²⁹.

Por sua vez, Laura Schertel Mendes argumentava que o direito material à proteção de dados pessoais estava presente no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, ao passo que a garantia instrumental para proteção desse direito estaria na ação do *habeas data*, previsto no inciso LXXII do artigo 5º da Constituição Federal¹³⁰.

¹²⁶ BIONI, 2020, p. 103.

¹²⁷ **CF. Art. 5º:** [...] **LXXIX** - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

¹²⁸ **CF. Art. 5º:** [...] **X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] **XII** - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

¹²⁹ DONEDA, 2019, p. 264.

¹³⁰ MENDES, 2014, p. 173.

Conforme mencionado anteriormente, o termo *privacidade* é amplo e de difícil definição. Essa dificuldade em determinar o seu conteúdo, no entanto, não deve ser vista como um defeito, mas sim como uma característica intrínseca do próprio conceito discutido¹³¹.

A privacidade assume diferentes significados e delimitações conforme a sociedade e o momento tecnológico em que é analisada. Por isso, privacidade, vida privada, intimidade e até mesmo a definição de quais informações se deseja manter reservadas estão condicionadas pelo contexto histórico e social¹³².

Os termos, inicialmente, adotados pela Constituição Federal de 1988 refletem essa situação. Dentre as garantias fundamentais estabelecidas no artigo 5º, inciso X, a proteção à intimidade e à vida privada está presente desde a promulgação, deixando claro que a proteção à pessoa humana abrange esse aspecto da reserva de informações ao público¹³³. Essa proteção inclui os termos *intimidade*, *vida privada*, *honra* e *imagem*, cabendo ao intérprete definir seus alcances específicos¹³⁴.

Como aponta Doneda, esses termos refletem o contexto histórico e doutrinário de sua época, quando a privacidade, conforme a teoria dos “círculos concêntricos” ou da “pessoa como uma cebola passiva” de Heinrich Hubmann, era vista a partir de diferentes esferas: a intimidade ou segredo, a esfera privada e, em torno delas, a esfera pessoal, abrangendo a vida pública¹³⁵. Dessa forma, a terminologia da Constituição deve ser compreendida conforme o contexto em que foi concebida e os direitos fundamentais que visava proteger.

Ainda segundo Doneda, não haveria utilidade em uma diferenciação rígida entre *vida privada* e *intimidade*, os quais seriam sinônimos, sugerindo que o legislador optou pelo excesso terminológico ao prever esses direitos constitucionalmente pela primeira vez, visando reduzir a chance de inaplicabilidade da norma.

Assim, os termos *vida privada* e *intimidade* refletem um estágio específico da proteção à privacidade que não abarca totalmente a questão dos dados pessoais.

¹³¹ DONEDA, 2019, p. 101.

¹³² DONEDA, 2019, p. 102 e 126.

¹³³ **CF. Art. 5º:** [...] **X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹³⁴ DONEDA, 2019, p. 103.

¹³⁵ DONEDA, 2019, p. 103.

Logo, utilizar o termo *privacidade* é razoável e adequado para se referir a uma gama de situações e, simultaneamente, é específico o suficiente para se distinguir de outras expressões, como *imagem*, *honra* ou *identidade pessoal*. Esse termo abrange de maneira ampla os valores de intimidade, vida privada e os recentes desenvolvimentos da privacidade, entendida agora também como proteção dos dados pessoais¹³⁶.

No entanto, com a inclusão expressa do direito à proteção de dados pessoais pela EC nº 115/2022 foi superado esse paradigma com o reconhecimento da importância do controle sobre o fluxo informacional. Com isso facilita-se a tutela por meio de ações e remédios constitucionais, uma vez que retira a dificuldade e a necessidade de extrair um direito fundamental implícito por meio interpretativo.

No entanto, mesmo antes do reconhecimento expresso e ainda no texto constitucional, era possível identificar algumas raízes do direito à proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro na Constituição Federal de 1988 (CF).

Isso porque o constituinte inovou o ordenamento ao prever, entre os remédios constitucionais, o *habeas data*¹³⁷⁻¹³⁸. Tal instrumento é um dos primeiros passos na direção da atual concepção de privacidade como proteção de dados, uma vez que serve para obter acesso e a retificação de informações relativas ao impetrante em bancos de dados governamentais ou de caráter público, ou seja, o controle de dados pessoais. O *habeas data* foi regulado pela lei nº 9.507/1997, inclusive com o acréscimo da finalidade de complementação e contextualização de dados pessoais existentes em bancos de dados públicos.

É com base nisso que Bruno Bioni defende a autonomia do direito à proteção de dados pessoais, aos destacar que este não se limita à noção de privacidade como controle da informação íntima ou privada. Um exemplo que ilustra essa função própria da proteção de dados é o caso de informações públicas cuja exatidão seja questionada por meio de *habeas data*. Nessa situação, não se trata de resguardar algo íntimo ou sigiloso, mas sim de garantir o princípio da qualidade dos dados e do

¹³⁶ DONEDA, 2019, p. 105-106.

¹³⁷ **CF. Art. 5º:** [...] **LXXII** - conceder-se-á "*habeas data*": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo".

¹³⁸ Para mais detalhes sobre a concepção do *habeas data* no Brasil e a influência na América Latina, conferir: DONEDA, 2019, p. 267-289.

direito à correção – ao quais podem ser acrescentados o direito de acesso e revisão de decisões automatizadas. Esses direitos, portanto, derivam da perspectiva da identidade do sujeito, e não do direito à privacidade¹³⁹.

No plano infraconstitucional, “a marcha promissora e criativa do direito brasileiro na proteção à privacidade deteve-se, contudo, por aí. O voo auspicioso do texto constitucional não alcançou o Código Civil de 2002, nem qualquer dos diplomas normativos editados na última década”¹⁴⁰. A crítica é pertinente, pois no Código Civil de 2002 a privacidade foi tratada pelo artigo 21 restrita ao seu conteúdo negativo. Além disso, só foi objeto de atenção pontual e incidental em normas sobre outras matérias, por exemplo, nos artigos 43 e 44 do CDC sobre banco de dados e cadastro de consumidores.

A disciplina ganhou alguma estrutura com a promulgação da lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet (MCI), regulamentado pelo Decreto nº 8.771/2016. Contudo, o foco da norma é restrito ao uso da internet, com a previsão de princípios, regras, direitos e deveres aplicáveis à relação entre usuário, os provedores de serviço de internet e o poder público.

Portanto, a proteção de dados pessoais como disciplina autônoma e organizada no ordenamento brasileiro teve início com a lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

E, como se costuma dizer, a lei “pegou”. A existência da LGPD é de conhecimento da sociedade e as adequações exigidas pela lei foram implementadas pelos destinatários, especialmente o poder público e as grandes empresas.

Além disso, em vigor desde 2020, o Poder Judiciário, inclusive nas instâncias superiores, tem sido provocado por ações para a tutela de dados pessoais com base em diversos direitos do titular previstos na LGPD¹⁴¹.

¹³⁹ BIONI, 2020, p. 57-59.

¹⁴⁰ SCHREIBER, 2014, p. 144.

¹⁴¹ Destaca-se alguns casos envolvendo a LGPD julgados pelo Superior Tribunal de Justiça: RMS nº 55819/MG, REsp nº 2135783/DF, AREsp nº 2130619/SP, REsp nº 1914596/RJ, REsp nº 2077278/SP e REsp nº 2092096/SP. Uma síntese dos julgados encontra-se disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/27102024-Os-precedentes-do-STJ-nos-primeiros-quatro-anos-de-vigencia-da-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-Pessoais.aspx>. Acesso em: 27 out. 2024.

No entanto, uma das primeiras e mais importantes decisões sobre o tema, ocorreu antes da entrada em vigor da lei, o que destaca a relevância do tema e a inevitabilidade da sua discussão. É o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.387, conhecido como “Caso do IBGE”.

Coincidentemente, há circunstâncias fáticas semelhantes ao caso da Lei do Censo, que marcou a proteção de dados na Alemanha e na Europa na década de 1980, pois, em ambos os casos, discute-se a coleta de dados para a realização do censo.

Assim como ocorreu naquele julgamento, a decisão do STF representa um marco na jurisprudência e ordenamento brasileiros, uma vez que reconheceu a existência de um direito fundamental à proteção de dados pessoais autônomo.

O caso concreto envolve o questionamento da constitucionalidade da Medida Provisória nº 954/2020. Editada em abril de 2020, ou seja, no início da pandemia de Covid-19, o artigo 2º da referida medida provisória estabelecia a obrigatoriedade de compartilhamento de dados por parte das companhias de telefonia, nos seguintes termos: “as empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas”.

O artigo 3º, II, da medida provisória dispunha que os dados compartilhados seriam utilizados exclusivamente pelo IBGE para “produção de estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares”.

Foram ajuizadas cinco ADIs¹⁴² as quais, em linhas gerais, apontavam a inconstitucionalidade formal da medida provisória, por não preencher os requisitos exigidos pelo artigo 62 da Constituição Federal, e a inconstitucionalidade material, em razão da violação da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, do sigilo dos dados e da autodeterminação informativa (artigos 1º, III, e 5º, X e XII, da Constituição).

¹⁴² O Conselho Federal da OAB ajuizou a ADI nº 6.387, cujo julgamento e tramitação reuniu as ADIs nº 6388, 6389, 6390 e 6393 ajuizadas, respectivamente, pelos partidos políticos PSDB, PSB, PSOL e PCdoB.

Em meio as dificuldades e restrições decorrentes da pandemia, a controvérsia jurídica se dividia em dois posicionamentos. Por um lado, argumentava-se que a norma era indispensável para fornecer ao IBGE os dados necessários à elaboração do censo e de outras estatísticas relevantes sobre a população brasileira.

Por outro lado, em contraponto, argumentava-se a inconstitucionalidade da norma. Foram identificadas as seguintes linhas argumentativas¹⁴³:

1) a finalidade da coleta de dados de “produção estatística oficial” era demasiadamente genérica e vaga. Não havia uma descrição mínima do que iria ser feito com os dados coletados.

2) O tratamento de dados era desproporcional, pois a quantidade de dados necessários para a pesquisa é muito inferior aos dados que seriam coletados. Isso porque as pesquisas do IBGE são feitas por amostragem, ao passo que a medida provisória exigia a totalidade dos dados cadastrais dos clientes das operadoras de telefonia (dados amostrais x totalidade dos dados).

3) Não havia previsão das medidas de segurança da informação a serem adotadas na comunicação entre IBGE e companhias de telecomunicação.

4) O relatório de impacto à proteção de dados pessoais, que serve para identificar potenciais riscos do tratamento de dados e as medidas para preveni-los e mitigá-los, seria feito somente após o compartilhamento e processamento (artigo 3º, § 2º, da medida provisória).

Na ADI nº 6.387 foi requerida a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória, sob o fundamento da desproporcionalidade do tratamento de dados, a ausência de finalidades específicas e a falta de garantia de segurança.

A Ministra Relatora Rosa Weber, apesar da manifestação contrária da AGU, concedeu a medida cautelar para suspensão imediata da medida provisória.

A decisão destacou a proteção constitucional da privacidade – em seu conteúdo negativo – manifestada por meio dos direitos à intimidade, à honra e à imagem, os quais “emanam do reconhecimento de que a personalidade individual

¹⁴³ MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O Supremo Tribunal Federal, a proteção constitucional dos dados pessoais e a positivação superveniente introdução de um direito fundamental autônomo, p. 62-64. In: MENDES, Laura Schertel *et al.* (Orgs.). **Tratado De Proteção De Dados Pessoais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023.

merece ser protegida em todas as suas manifestações”. Conforme reconhecido pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal.

E para dar meios de concretização desses direitos, o artigo 5º, XII, da Constituição Federal prevê a inviolabilidade do sigilo de dados.

Portanto, a leitura da ministra extrai a proteção de dados a partir de uma interpretação conjunta dos dois dispositivos.

Em relação à medida provisória, a relatora destacou que o nome, número de telefone e endereço dos clientes das operadoras constituem dados pessoais, uma vez que se relacionam à identificação, efetiva ou potencial, de uma pessoa.

Por essa razão, integram o “âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (artigo 5º, *caput*), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (artigo 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional”¹⁴⁴.

A partir dessa interpretação, a ministra observou que a Medida Provisória nº 954/2020 não respeitava os limites constitucionais, pois ela não atendia satisfatoriamente os requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade. Desse modo, ante a falta de especificidade da norma, não se mostrava possível avaliar a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e a limitação ao mínimo necessário para alcançar as finalidades (princípios da adequação e necessidade). Além disso, também não foram apresentados mecanismos técnicos ou administrativos que garantissem a segurança dos dados.

A medida cautelar deferida foi encaminhada para referendo do plenário do STF, oportunidade em que dez dos onze ministros votaram pela confirmação da suspensão da medida provisória e de qualquer compartilhamento com base nela.

Cabe destacar alguns trechos de votos proferidos. Em complementação à decisão liminar, a Ministra Rosa Weber destacou que não há proibição de compartilhamento desses dados com o IBGE, porém, o empecilho decorre da forma

¹⁴⁴ A decisão, ao mencionar o artigo escrito por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, “*The Right to Privacy*”, reconhece que as mudanças políticas, sociais e econômicas demandam o reconhecimento de novos direitos. Nesse aspecto, nota-se a possível mudança da interpretação da corte: “*Apesar de se tratar de decisão liminar pioneira, não é difícil afirmar que o acórdão representa uma verdadeira evolução em relação à jurisprudência anterior do STF, expressa em julgados como o RE n. 418.416-8/SC, Relator Min. Sepúlveda Pertence, 10.05.2006, e o HC n. 91.867/PA, Relator Min. Gilmar Mendes, 24.04.2012*” (MENDES; RODRIGUES JR.; FONSECA, 2023, p. 65).

pela qual foi feita, sem garantia da liberdades individual, da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade¹⁴⁵.

O Ministro Roberto Barroso destacou em seu voto algo que acompanha o desenvolvimento deste trabalho, que é a tensão existente entre a importância dos dados no mundo contemporâneo e o risco em potencial do uso incorreto¹⁴⁶.

Também relevantes as afirmações dos Ministros Luiz Fux¹⁴⁷, Ricardo Lewandowski¹⁴⁸, Gilmar Mendes¹⁴⁹ e Cármen Lúcia ao destacarem que “não há dados insignificantes”¹⁵⁰.

Em linha com o desenvolvido por este trabalho, a relevância e o reconhecimento da autonomia do direito à proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro são sintetizados pelo Ministro Gilmar Mendes:

A autonomia do direito fundamental em jogo na presente ADI exorbita, em essência, de sua mera equiparação com o conteúdo normativo da cláusula de proteção ao sigilo. A afirmação de um direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais deriva, ao contrário, de uma compreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do Habeas Data enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.

[...]

A afirmação da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais – há de se dizer – não se faz tributária de mero encantamento teórico, mas antes da necessidade inafastável de afirmação de direitos fundamentais nas sociedades democráticas contemporâneas. Considerando que os espaços digitais são controlados por agentes econômicos dotados de alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais, a intensificação do fluxo comunicacional na internet aumenta as possibilidades de violação de direitos de personalidade e de privacidade¹⁵¹.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF**, Rel. Ministra Rosa Weber, Plenário. Julgado em 07 mai. 2020, p. 28.

¹⁴⁶ BRASIL, 2020, p. 48.

¹⁴⁷ BRASIL, 2020, p. 53.

¹⁴⁸ BRASIL, 2020, p. 83.

¹⁴⁹ BRASIL, 2020, p. 108.

¹⁵⁰ BRASIL, 2020, p. 122.

¹⁵¹ BRASIL, 2020, p. 109-110.

Posteriormente, a Medida Provisória nº 954/2020 não foi convertida em lei, motivo pelo qual as ADIs perderam seu objeto e foram extintas sem resolução do mérito. De todo modo, o impacto dos votos proferidos e a interpretação apresentada pelo Plenário do STF marcaram a construção e a consolidação da proteção de dados no ordenamento brasileiro¹⁵².

No entanto, a advertência de Laura Schertel Mendes, Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Gabriel Campos Soares da Fonseca é de fundamental importância. Embora o reconhecimento da proteção de dados como um direito fundamental autônomo, tanto pelo STF quanto, posteriormente, por previsão constitucional expressa, seja de grande importância, a concretização desse direito, especialmente no âmbito das relações privadas, ocorre por meio das regras, princípios e direitos estabelecidos pela LGPD.

Nas palavras dos autores:

Ainda que os direitos fundamentais tenham como função clássica atuar na relação entre Estado e indivíduo, em sua dimensão objetiva e a partir do conceito de deveres de proteção, é possível conceber a sua influência também nas relações privadas, a partir da irradiação de preceitos constitucionais nas cláusulas gerais e princípios do direito privado, o que será ainda mais comprovável com a vigência da LGPD. Para tanto, a nova lei exercerá um importante papel, ao permitir que o direito fundamental à proteção de dados seja interpretado a partir de suas normas e princípios, de modo que as disputas entre privados seja mediada pela legislação. Nesse aspecto, a vigência da lei evitou que houvesse mais um caso de “sobreconstitucionalização” de uma área nova do Direito brasileiro, com todos os riscos do uso inadequado da ponderação e de outros métodos hermenêuticos dessa natureza em um país como o Brasil¹⁵³.

Como se observa, o Brasil tem dado passos significativos na consolidação de sua experiência e na criação de uma cultura de proteção de dados pessoais.

Inclusive, em relatório apresentado pela ANPD por ocasião dos quatro anos de vigência da LGPD, foram destacados os impactos positivos da lei, com a consolidação da proteção de dados no Brasil, especialmente pelos avanços de regulamentação da lei e a conscientização dos agentes de tratamento sobre a importância da proteção de

¹⁵² Há outros casos em que o STF foi provocado para se manifestar sobre questões envolvendo a proteção de dados pessoais, dentre os quais se destacam a ADI nº 6.649 (Caso do Cadastro Base do Cidadão) e a ADPF nº 1.143 (Caso da ABIN paralela).

¹⁵³ MENDES; RODRIGUES JR.; FONSECA, 2023, p. 68.

dados. Além disso, pontuou o fortalecimento da estrutura da ANPD, com uma crescente atuação orientativa, preventiva e, quando necessária, sancionatória¹⁵⁴.

Contudo, esse avanço não se limita ao âmbito legislativo e administrativo, pois o Poder Judiciário, em todas as instâncias, tem sido provocado a atuar em um número crescente de casos envolvendo a tutela desses dados¹⁵⁵.

Assim, após a análise das raízes e do contexto em que a proteção de dados se insere no Brasil, segue-se à apresentação da lei.

2.3.1 LGPD: estrutura e princípios

Por meio da regulação do uso da tecnologia na economia baseada em dados, o legislador brasileiro buscou proteger as pessoas, definindo quem tem acesso aos seus dados, o que é feito com eles, sob qual autorização, com qual finalidade, com quem são compartilhados e outras preocupações.

Assim, passou-se a exigir maior transparência por parte de quem processa dados pessoais. Por outro lado, buscou garantir a segurança e previsibilidade jurídicas necessárias para a inovação tecnológica e o desenvolvimento econômico. Em suma, almeja-se o equilíbrio entre liberdade, inovação e desenvolvimento econômico.

Contudo, a aprovação de uma lei sobre dados pessoais no Brasil não teve um percurso simples. Danilo Doneda classifica como uma “conjunção astral” os fatores que tornaram possível a LGPD¹⁵⁶.

A expressão é explicada pelas circunstâncias fáticas do período, como o escândalo da Cambridge Analytica, e a consequente movimentação parlamentar para regular a matéria, além da existência de consenso político e social em favor da lei. Não só isso, havia uma diversidade de interesses envolvidos na aprovação da lei, por

¹⁵⁴ ANPD. **Balanço 4 anos**. [S. l.]: ANPD, 2024, p. 8. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/anpd-balanco-4-anos.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2024.

¹⁵⁵ Conforme se verá no capítulo destinado à análise de casos concretos.

¹⁵⁶ DATA PRIVACY BRASIL. **Memória da LGPD, Episódio 3/5**. Observatório da Privacidade. Disponível em: <https://observatorioprivacidade.com.br/memoria/2018-uma-conjuncao-astral>. Acesso em: 26 nov. 2024.

exemplo, o interesse do governo brasileiro de ingressar na OCDE¹⁵⁷ e o interesse das grandes empresas brasileiras e estrangeiras.

Nesse sentido, a própria entrada em vigor do GDPR em 2018 teve repercussão para discussão do assunto no país. Inseridas no fluxo internacional de dados, as grandes empresas brasileiras teriam que se adequar ao regulamento europeu para continuar aptas a tratar dados de cidadãos europeus e manter relações comerciais com a União Europeia¹⁵⁸.

Conforme o artigo 45 do GDPR, os dados de cidadãos europeus só podem ser transferidos para países terceiros que ofereçam um nível de proteção adequado. Na ausência de uma legislação específica sobre tratamento e proteção de dados pessoais, um país não poderia obter uma decisão de adequação (*adequacy decision*) da Comissão Europeia¹⁵⁹, o que inviabiliza a transferência de dados para esse território ou impõe um ônus maior aos agentes de tratamento (artigo 46(1) do GDPR¹⁶⁰).

¹⁵⁷ MARTELLO, Alexandre. Equipe econômica defende adesão do Brasil à OCDE e continuidade de reformas. **G1**, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/equipe-economica-defende-adesao-do-brasil-a-ocde-e-continuidade-de-reformas.ghtml>. Acesso em: 26 nov. 2024.

¹⁵⁸ A influência regulatória da União Europeia vai além das fronteiras do bloco europeu, a ponto de ser nomeada como “efeito Bruxelas”. A expressão faz referência à cidade belga que abriga a sede de diversas instituições da União Europeia, sendo considerada sua capital. O termo, cunhado por Anu Bradford, é definido da seguinte forma: “*Today, few Americans are aware that EU regulations determine the default privacy settings on their iPhone or the type of speech that Twitter will delete as unacceptable. Americans are hardly alone in this regard. Examples of EU’s regulatory influence abound across global markets. EU laws determine how timber is harvested in Indonesia, how honey is produced in Brazil, what pesticides cocoa farmers use in Cameroon, what equipment is installed in dairy factories in China, what chemicals are incorporated in plastic toys in Japan, as well as how much privacy is afforded to internet users in Latin America. These are but a few examples of a phenomenon this book describes as the ‘Brussels Effect’. The Brussels Effect refers to the EU’s unilateral power to regulate global markets. Without the need to use international institutions or seek other nations’ cooperation, the EU has the ability to promulgate regulations that shape the global business environment, leading to a notable ‘Europeanization’ of many important aspects of global commerce. Different from many other forms of global influence, the EU does not need to impose its standards coercively on anyone – market forces alone are often sufficient to convert the EU standard into the global standard as companies voluntarily extend the EU rule to govern their worldwide operations. Under specific conditions, the Brussels Effect leads to ‘unilateral regulatory globalization’, where regulations originating from a single jurisdiction penetrate many aspects of economic life across the global marketplace*” (BRADFORD, 2020, p. xiv).

¹⁵⁹ Na América Latina, até o momento, somente Argentina e Uruguai são considerados países com nível adequado de segurança. A lista de países que obtiveram tal reconhecimento está disponível em: https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en. Acesso em: 11 nov. 2024.

¹⁶⁰ Considerandos 103 a 108 do GDPR.

Essa exigência foi um dos fatores que impulsionou a promulgação da LGPD no Brasil, que ainda busca o reconhecimento pela Comissão Europeia para assegurar a livre transferência de dados com os Estados-membros da União Europeia¹⁶¹⁻¹⁶².

Tramitaram, ao longo dos anos, diversos projetos de lei com propostas sobre a proteção de dados pessoais¹⁶³. O projeto de lei nº 4.060/2012 e projeto de lei do Senado nº 330/2013 foram importantes para a discussão no Poder Legislativo, mas não deram origem diretamente à LGPD. Foi o projeto de lei nº 5.276/2016, apresentado pelo Poder Executivo, tramitando em apenso ao nº 4060/2012 que foi objeto de ampla discussão por meio de consultas públicas e participação de diversos setores da economia e sociedade civil que deu origem à LGPD¹⁶⁴.

Assim, foi promulgada no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018), que permaneceu em *vacatio legis* até agosto de

¹⁶¹ “Adequacy negotiations are currently under way with Brazil [...]” (UNIÃO EUROPEIA, COM(2024) 357, 2024, p. 21).

¹⁶² A ausência de uma decisão de reconhecimento traz dificuldades ao fluxo internacional de dados: “Since there is no such adequacy decision for Brazil at the moment, the other alternative for Europol to regularly transfer data would be the conclusion of a binding international agreement between the EU and Brazil, adducing adequate safeguards with respect to the protection of privacy and other fundamental rights and freedoms of individuals” (p. 7). “On 22 February 2023 the European Commission issued a Recommendation for a Council decision authorising the opening of negotiations for an agreement between the European Union and the Federative Republic of Brazil on the exchange of personal data between Europol and the Brazilian authorities competent for fighting serious crime and terrorism. The objective of the Recommendation is to open negotiations with Brazil with the purpose of signing and concluding an international agreement enabling the exchange of personal data between Europol and the Brazilian authorities competent for fighting serious crime and terrorism. The Annex to the Recommendation lays down the Council’s negotiating directives to the Commission, i.e. the objectives the latter should aim to achieve on behalf of the EU in the course of these negotiations” (EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Opinion 14/2023 on the negotiating mandate to conclude an international agreement on the exchange of personal data between Europol and Brazilian law enforcement authorities**, p. 7 e 2. Disponível em: https://www.edps.europa.eu/system/files/2023-05/2023-05-03_edps_opinion_14-2023_brazil_en.pdf. Acesso em: 11 nov. 2024).

¹⁶³ Para um histórico completo do processo legislativo que envolve a LGPD, ver: BIONI, Bruno; RIELLI, Mariana Marques. A Construção Multissetorial da LGPD: história e aprendizados. In: BIONI, Bruno (Org.). **Proteção de Dados: contexto, narrativas e elementos fundantes**. São Paulo: B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia, 2021. E-book.

¹⁶⁴ “o processo de elaboração do projeto de lei da LGPD teve um nível de abertura incomum, incluindo negociações detalhadas e leitura pormenorizada do texto “à luz do dia” e acessível para quaisquer interessados” (BIONI; RIELLI, 2021, p. 33). Inclusive contou com contribuições da Comissão Europeia: “The Commission has continued to engage in dialogue with countries and international organisations on the development, reform and implementation of privacy rules, including by making submissions to public consultations on draft legislation or regulatory measures in the area of privacy” (199). [...] 199. This concerned consultations organised by, for example, Australia, China, Rwanda, Argentina, Brazil, Ethiopia, Indonesia, Peru, Malaysia and Thailand” (UNIÃO EUROPEIA, COM(2024) 357, 2024, p. 25).

2020. No entanto, com algumas questões que merecem atenção. A lei originalmente previa, em seu artigo 55, a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) como autarquia especial integrante da administração pública federal indireta. Contudo, essa previsão foi vetada pelo então Presidente Michel Temer sob a justificativa de que o Poder Legislativo não poderia criar órgãos da administração pública federal nem gerar aumento de despesas ao Poder Executivo.

A LGPD ficou, por um período, destituída de um de seus pilares fundamentais, uma autoridade independente de proteção de dados pessoais responsável pela regulamentação, fiscalização e aplicação de sanções.

Posteriormente, a Medida Provisória nº 869/2018, convertida na lei nº 13.853/2019, criou a ANPD. Entretanto, inicialmente, ela era um órgão subordinado à Presidência da República, comprometendo a autonomia e independência do órgão, elementos essenciais para a eficácia da LGPD.

Somente com a Medida Provisória nº 1.124/2022, convertida na lei nº 14.460/2022, é que a ANPD foi transformada em autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, além de patrimônio próprio (artigo 55-A da LGPD).

Em relação ao seu conteúdo, a LGPD revela a sua profunda inspiração no GDPR, adotando conceitos iguais e reproduzindo muitas de suas disposições. Dessa forma, o desafio que se apresenta no caso brasileiro consiste em assegurar a sua efetiva implementação, além de adaptar e compatibilizar essas normas ao contexto nacional.

Assim como ocorre no regulamento europeu, a proteção de dados pessoais pela LGPD exprime o que Anderson Schreiber observou como dimensões procedimental e substancial da privacidade¹⁶⁵.

No aspecto procedimental, é o estabelecimento de parâmetros para autorizar e orientar o tratamento de dados por todo o seu ciclo. No aspecto substancial, é garantir à pessoa o controle sobre a representação de si feita a partir de seus dados. Em outras palavras, uma se ocupa da forma como os dados são obtidos e tratados, a outra em como esses dados são usados.

¹⁶⁵ SCHREIBER, 2014, p. 141-143.

A ordem de apresentação dos dispositivos da LGPD também semelhante ao GPDR. Ela se inicia com disposições gerais que tratam do objeto, os objetivos, conceitos, princípios do tratamento e exceções de aplicação da lei.

O objeto da LGPD é regular o tratamento de dados pessoais, nos meios físicos e digitais, realizado por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado com a finalidade de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade (artigo 1º da LGPD).

Para isso, a proteção de dados é fundamentada no equilíbrio entre o respeito à privacidade e a autodeterminação informativa, além de garantir a liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião. Também assegura a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem, e promove o desenvolvimento econômico, tecnológico e a inovação. A proteção de dados se alinha ainda à livre iniciativa, à livre concorrência e à defesa do consumidor, e está em conformidade com os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (artigo 2º da LGPD).

O artigo 3º da LGPD, por exemplo, estabelece seu âmbito de aplicação, abrangendo todos os dados coletados em território nacional, independentemente da sede de quem realiza o tratamento, que reflete o caráter extraterritorial do GDPR.

Por sua vez, o artigo 4º da LGPD enumera as hipóteses que a lei não é aplicável, alinhando-se às exclusões previstas no regulamento europeu, tais como o tratamento: a) feito por pessoa física para fins particulares e não econômicos; b) feito para fins jornalísticos, artísticos e acadêmicos; c) feito para fins de segurança pública e do Estado, defesa nacional e para atividades de investigação e repressão de infrações penais; e d) de dados pessoais provenientes de fora do país desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção adequado (disposição que se assemelha às da *adequacy decisions* da Comissão Europeia).

O artigo 5º traz um rol de definições, algumas idênticas às do GDPR no que diz respeito ao nome e ao conteúdo, como “dato pessoal”¹⁶⁶, “tratamento” e “consentimento”.

Outras definições apresentam diferenças, embora adotem o mesmo conteúdo e sejam apresentados de forma mais sintética. Por exemplo, a respeito dos envolvidos no tratamento de dados. A LGPD utiliza os termos “titular”, “controlador”, “operador” e “encarregado” em contraste, respectivamente, com “titular”, “responsável do tratamento”, “subcontratante” e “encarregado” usados pelo GDPR¹⁶⁷. Sob o termo “agentes de tratamento”, utilizado ao longo deste trabalho, deve ser entendido o conjunto de controlador e operador. O primeiro é quem toma as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, ao passo que o segundo realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

Os princípios que regem o tratamento de dados pessoais estão previstos no artigo 6º. Assim, as atividades de tratamento de dados pessoais, devem ser conduzidas com boa-fé e em observância a princípios fundamentais. O tratamento deve ter uma finalidade legítima, específica e informada ao titular, e ser realizado de maneira compatível com essa finalidade (princípios da finalidade e da adequação). Deve ser limitado ao mínimo necessário para atingir seus objetivos, abrangendo apenas dados pertinentes e proporcionais (princípio da necessidade).

¹⁶⁶ O conceito amplamente adotado é o conceito expansionista de dato pessoal, em oposição ao conceito reducionista. Assim, também é considerado dato pessoal o dato que permite identificar a pessoa de forma indireta, ou seja, a partir do cruzamento com outros dados, e não somente o dato que diretamente identifica uma pessoa. É a noção que está por trás das referências nas legislações a dato pessoal como o dato que diz respeito a pessoa “identificada ou identificável”. Ver: BIONI, 2020, p. 59-67.

¹⁶⁷ A concisão da LGPD pode ser positiva e negativa, pois dá maior liberdade ao intérprete. Por um lado, é positiva por não fixar rigidamente o conceito ante o risco de concebê-lo vinculado a um determinado momento histórico. Por outro, é negativa pelo potencial maior de incerteza. É de se considerar que a definição em detalhes do GDPR demonstra o desafio de uniformizar, a nível supranacional, países com culturas jurídicas diferentes. A fim de demonstrar as diferenças, veja-se a definição de dato pessoal e titular de dados: **(LGPD) Art. 5º** Para os fins desta Lei, considera-se: **I - dato pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;** [...] **V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;**; **(GDPR) Art. 4º.** Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: **1) «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 eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular”.**

Os titulares têm direito ao livre acesso às informações sobre o tratamento de seus dados, incluindo sua forma, duração e integralidade, e à garantia da qualidade, com dados exatos, claros, relevantes e atualizados (princípios do livre acesso e da qualidade dos dados). Além disso, o tratamento deve ser transparente, com informações claras e acessíveis aos titulares, respeitando segredos comerciais e industriais (princípio da transparência).

Também devem ser implementadas medidas técnicas e administrativas para proteger os dados contra acessos não autorizados, perdas ou alterações, e para prevenir danos decorrentes do tratamento (princípios da segurança e da prevenção). O tratamento não pode ser realizado para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos (princípio da não discriminação), e os agentes devem demonstrar a adoção de medidas eficazes para cumprir as normas de proteção de dados, incluindo sua eficácia (princípio da responsabilização e prestação de contas ou, melhor, princípio da *accountability*).

Há, também, regras específicas sobre tratamento de dados pessoais sensíveis¹⁶⁸ (artigo 11) e de crianças e adolescentes (artigo 14).

Já o artigo 7º estabelece as bases legais que legitimam o tratamento de dados, espelhando o artigo 6º do GDPR. Entre essas hipóteses destaca-se o consentimento do titular, o cumprimento de obrigação legal, a execução de contrato, o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, a tutela da saúde e o legítimo interesse do controlador.

Assim como no GDPR, a LGPD exige que o titular seja informado, de maneira clara e ostensiva, sobre a finalidade do tratamento, sua duração, e a identificação do controlador e do operador, além de seus direitos.

Os direitos do titular, previstos nos artigos 17 a 22, buscam assegurar os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade. Esses direitos incluem a confirmação da existência de tratamento, o acesso aos dados, sua correção, a portabilidade, a eliminação, a revogação do consentimento e a revisão de decisões automatizadas.

As sanções previstas pela LGPD, embora semelhantes às do GDPR, possuem limitações. Entre as penalidades aplicáveis pela ANPD estão advertências, multas

¹⁶⁸ “Categorias especiais de dados pessoais” no GDPR e regras conforme arts. 8º e 9º.

simples ou diárias (limitadas a R\$ 50 milhões), e outras medidas corretivas. Contudo, o limite financeiro das multas, quando comparado ao GDPR, enfraquece o poder coercitivo da LGPD, especialmente diante de grandes agentes econômicos.

Por fim, especificamente sobre a responsabilidade civil, as hipóteses de responsabilização estão dispostas nos artigos 42, *caput*, e 44:

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.

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. **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.

Esses dois artigos são os elementos centrais no que diz respeito à responsabilidade civil e o tratamento de dados pessoais. Tendo em vista que essa interseção é o objeto deste trabalho, antes de analisar o regime de responsabilidade adotado na LGPD [3.3], será feita uma retomada de cada um dos pressupostos da responsabilidade civil – culpa e risco [3.2.1],nexo causal [3.2.2] e dano [3.2.3] – relacionando-os com a estrutura da LGPD apresentada neste capítulo e concluindo com uma análise que busca harmonizar a lei com o ordenamento jurídico brasileiro.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA ERA DOS DADOS

A análise da responsabilidade civil exige a compreensão da relação jurídica obrigacional que se estabelece entre os sujeitos envolvidos no tratamento de dados pessoais. Em um cenário marcado por interações complexas e atividades sofisticadas, também há o tratamento mais simples, feito em menor escala por agentes de tratamento que não são as grandes empresas de tecnologia. Contudo, segue presente a possibilidade de ocorrerem danos. Por isso a importância de detalhar a relação jurídica que se estabelece entre as partes, bem como os pressupostos para imputação de responsabilidade.

Neste capítulo, busca-se explorar a relação jurídica obrigacional como processo, conforme a concepção de Clóvis do Couto e Silva, e o vínculo que se estabelece entre o titular de dados e os agentes de tratamento, como fundamento para a responsabilização. Além disso, serão discutidos os pressupostos para a configuração da responsabilidade civil, com atenção aos desafios e peculiaridades da LGPD.

A abordagem privilegia a interação entre os conceitos da responsabilidade civil e as exigências contemporâneas, enfatizando a importância de elementos como o nexo causal, o dano e os deveres laterais de conduta. Dessa forma, pretende-se oferecer uma visão ampla da interseção entre a relação jurídica e os mecanismos de reparação relacionando-os com a LGPD.

3.1 COMPLEXIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA NO TRATAMENTO DE DADOS

A relação obrigacional, conforme Clóvis do Couto e Silva, deve ser analisada como totalidade, contrapondo-se à visão restrita que a limita ao direito de crédito. Para isso, é essencial explorar sua estrutura a partir dos desdobramentos decorrentes do reconhecimento de sua complexidade e de ser um processo.

Por fim, após analisar a estrutura da relação obrigacional, busca-se traçar um paralelo com as condutas exigidas pela LGPD, refletindo sobre as consequências decorrentes do descumprimento dessas normas.

Antes, contudo, é necessário realizar um breve resgate do desenvolvimento da noção de relação obrigacional, destacando as transformações pelas quais passou sua concepção ao longo do tempo.

Embora seja consenso que o objeto do vínculo jurídico da obrigação é de cunho patrimonial, constituído por uma prestação que importa em um agir (dar, fazer ou não fazer), relembra-se que nem sempre foi assim.

Em um primeiro momento, predominavam as doutrinas pessoalistas, que entendiam a relação obrigacional como um direito a uma atividade humana. De certa forma, a obrigação é o domínio da vontade do devedor pela vontade do credor.

Porém, no final do século XIX, disseminaram-se as doutrinas realistas. Nelas, o credor não tem direito a uma conduta, mas sim a um bem. Portanto, a obrigação passa a ser uma relação entre patrimônios, deixando-se de lado a ideia intersubjetiva.

Já no início do século XX, surge a doutrina dualista (*schuld und haftung*). A obrigação é composta por *Schuld* (débito) e *Haftung* (responsabilidade/garantia).

O primeiro diz respeito ao dever de prestar, exigido do devedor, ao qual corresponde o direito à prestação, atribuído ao credor. Isto é, no caso de inadimplemento, o credor tem “poder de agressão” sobre o patrimônio do devedor, que serve de garantia para o adimplemento.

Essa dissociação permitiu reconhecer situações em que o credor possa se encontrar diante de um devedor não responsável ou de um responsável sem dívida. No caso de inadimplemento, portanto, a pergunta para a responsabilização passa de “quem realizou o ato” (mundo dos fatos) para “quem responde por esse ato frente a outras pessoas” (mundo do direito). Supera-se a limitação da responsabilidade pessoal do devedor¹⁶⁹.

Para expor as transformações da doutrina apresentadas até o momento é oportuno abordar quais eram os seus contextos.

Na visão tradicional, a relação jurídica obrigacional era vista de forma simples ou de “vínculo jurídico”, ou seja, limitava o direito subjetivo de crédito à obrigação principal devida pelo devedor¹⁷⁰. Influenciada pela estrutura do Direito Romano, em que o devedor se sujeitava como indivíduo a fazer algo em favor do credor, a

¹⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 222-223, 226.

¹⁷⁰ MARTINS-COSTA, 2018, p. 217.

obrigação era geradora de um vínculo jurídico pessoal do devedor aos interesses do credor, o que colocava a prestação como objeto secundário da obrigação¹⁷¹.

Daí se falar em “obrigação como vínculo bipolar, que liga uma parte, a credora, titular do direito subjetivo (crédito), a outra, parte devedora, titular do dever jurídico (dívida)”¹⁷².

Assim, a obrigação possuía dois polos bem definidos: o polo devedor, com o débito e o dever de prestar, e, em contraposição, o polo credor, com o crédito e a pretensão de exigir a prestação.

Contudo, essa concepção mostrou-se insuficiente para abarcar a complexidade da vida e das relações jurídicas. Reduzir a obrigação ao vínculo entre crédito-débito, credor-devedor e pretensão-dever, essencialmente focada na prestação principal da obrigação, não era suficiente para lidar com situações em que havia uma multiplicidade de vínculos dinâmicos.

A visão tradicional conhecida como análise externa da obrigação, definia a obrigação “como um vínculo estruturado sobre dois polos (credor e devedor), ligados pelos correspectivos direitos e deveres”¹⁷³. Nessa abordagem, a relação jurídica é analisada com ênfase em seus elementos básicos: sujeitos, objeto e o vínculo de sujeição que liga o devedor ao credor¹⁷⁴.

No entanto, essa visão estática, negligenciava a análise interna da relação jurídica, que está centrada na noção do adimplemento como objetivo e atuação concreta do programa obrigacional¹⁷⁵. Sob essa perspectiva, a obrigação é considerada um “complexo dinâmico de deveres, poderes, ônus e faculdades estabelecidos pela lei, pelas partes, ou decorrentes da conduta concreta das partes no dinâmico processo de desenvolvimento da relação obrigacional”¹⁷⁶.

¹⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, § 2.679, p. 56.

¹⁷² MARTINS-COSTA, 2018, p. 218.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, t. I, 2005, p. 4.

¹⁷⁴ MARTINS-COSTA, 2018, p. 218.

¹⁷⁵ MARTINS-COSTA, 2005, p. 4.

¹⁷⁶ MARTINS-COSTA, 2018, p. 218.

Na análise externa, esses elementos são observados sob a concepção atomística, isto é, cada elemento é observado de forma isolada, estática e sob uma rígida divisão entre os conceitos de devedor e credor, ligados por um vínculo jurídico de crédito e sujeição do primeiro ao segundo.

Em contraposição, a análise interna, sob a concepção de totalidade, reconhece a complexidade e dinamismo das relações jurídicas, bem como a existência de outros deveres que nascem da relação jurídica ou que se encontram ao lado dos interesses de prestação¹⁷⁷.

A ideia de totalidade, cumpre destacar, não é originária do âmbito jurídico. Em verdade, é influência de outras ciências que passaram a teorizar sobre totalidade como organismo¹⁷⁸, ou seja, a totalidade resulta da soma das partes, mas não se limita à mera soma delas.

Esse influxo teórico de outras ciências teve repercussão na dogmática jurídica e no direito das obrigações. Karl Larenz foi um dos autores a explorar o conceito de totalidade da obrigação, com base no conceito geral-concreto, que busca “entender a globalidade de sentidos e especificações possíveis de serem reconduzidos a um certo conceito geral ‘abstrato’”¹⁷⁹.

Nesse caso, o conceito geral abstrato a ser preenchido é o conceito de obrigação. Em síntese, a relação obrigacional que se desenvolve concretamente, entre pessoas determinadas, no espaço e no tempo concreto

«é certamente um conjunto de direitos, obrigações e “situações jurídicas”, mas não é a soma destes», constituindo, mais propriamente, um todo (Gefüge) que subsiste como tal, ainda que alguns dos deveres contidos na relação tenham se extinguido, em razão do cumprimento, e alguns dos direitos formativos tenham desaparecido, seja pelo seu exercício, seja pela preclusão. Nessa perspectiva, constituindo algo vivo, concreto, «real» em sua temporalidade, a relação obrigacional pode ‘sem perder sua identidade como tal [...], ser modificada em seu conteúdo’¹⁸⁰.

Além do reconhecimento da complexidade, outro relevante desenvolvimento é o reconhecimento do dinamismo da relação obrigacional. O termo faz referência aos

¹⁷⁷ MARTINS-COSTA, 2018, p. 221.

¹⁷⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 18.

¹⁷⁹ MARTINS-COSTA, 2018, p. 229.

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, 2018, p. 230.

diversos vínculos intersubjetivos que se encontram dentro da totalidade da obrigação que se relacionam de maneira independente, mas recíproca no desenrolar da obrigação em direção ao adimplemento.

Esses vínculos no decorrer da existência da relação obrigacional podem fazer surgir direitos, deveres, poderes e sujeições não previstos expressamente pela lei, pelo contrato e pelas partes¹⁸¹.

Por fim, outro aspecto trazido para a relação obrigacional é a ideia de cooperação, que deve ser entendida como colaboração das partes, cada uma agindo, no modo e na medida que lhe caiba, para que haja o satisfatório adimplemento¹⁸².

Na doutrina brasileira, é inegável a importância e influência da teoria da obrigação como processo de Clóvis do Couto e Silva¹⁸³. O autor concebe a relação obrigacional na sua dimensão de complexidade, dinamismo e cooperação, é a consagrada noção da “obrigação como processo”.

Nela, o adimplemento, entendido como satisfação dos interesses do credor, é a finalidade da obrigação e orienta o seu surgimento, desenvolvimento e extinção. O processo é o conjunto de atos praticados pelo devedor e pelo credor necessários para a satisfação do credor¹⁸⁴.

É de se reconhecer, porém, que a pretensão de totalidade é difícil de ser realizada, uma vez que para isso seria necessário identificar e organizar todas as possibilidades abarcadas em uma relação obrigacional.

De todo modo, o mérito dessa abordagem é justamente reconhecer que a obrigação é complexa e dinâmica, que ela não se limita a um vínculo jurídico que possui uma prestação principal devida pelo devedor e pode ser exigida pelo credor. A relação obrigacional concebida de maneira “simples” implica que há um fluxo unidirecional da obrigação, que parte do devedor em direção ao credor. O primeiro seria detentor dos ônus e deveres, ao passo que o segundo seria detentor dos benefícios e direitos.

¹⁸¹ MARTINS-COSTA, 2018, p. 232

¹⁸² MARTINS-COSTA, 2018, p. 234.

¹⁸³ “Foi esta importância vital do adimplemento na economia da relação obrigacional que o novo Código pretendeu realçar, inserindo o tema em capítulo autônomo. Adquiriu assim novo realce a pioneira concepção de Couto e Silva, que já dera frutos na doutrina e na jurisprudência” (MARTINS-COSTA, 2005, p. 4).

¹⁸⁴ COUTO E SILVA, 2006, p. 18-21.

Essa visão unidirecional da obrigação traz outras limitações no campo das obrigações. A título de exemplo, ao se considerar que a obrigação é complexa e os direitos e deveres se distribuem entre credor e devedor, é possível que em uma relação jurídica ocorra o inadimplemento de ambas as partes¹⁸⁵. No entanto, o “movimento natural” é buscar imputar somente a uma das partes o inadimplemento e justificar o descumprimento da outra parte.

Em um caso hipotético, por uma das partes pode haver inadimplemento da prestação principal (falta de pagamento ou pagamento incompleto) e simultaneamente, pela outra parte, também pode haver o inadimplemento da obrigação principal ou o descumprimento de deveres laterais da prestação (o bem que deveria ser devolvido, é destruído ou é devolvido danificado).

Esses outros elementos, que auxiliam em dar forma à obrigação para além da prestação principal, são mais bem observados a partir de uma análise da estrutura do processo obrigacional.

São diversos os elementos que compõem a relação obrigacional, o que passou a ser considerado pela doutrina a partir do momento que observou a complexidade e dinamicidade das relações jurídicas.

O termo obrigação pode assumir diversos significados. Clóvis do Couto e Silva, fazendo referências à doutrina dualista, aponta que a obrigação em sua estrutura possui dois elementos: débito e responsabilidade¹⁸⁶. O primeiro elemento corresponderia à prestação primária, o segundo à prestação secundária¹⁸⁷.

Outra contribuição para trazer maior compreensão, seria reservar o termo obrigação ao sentido estrito, ou seja, a relação de crédito-dever de prestar. Por sua vez, obrigação em sentido amplo, seria preferivelmente referida como relação obrigacional, a qual abrangeria o conjunto de situações jurídicas geradas no âmbito da relação entre o credor e o devedor¹⁸⁸.

¹⁸⁵ MANTUCCI, Daniele. **L'inadempimento reciproco**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, p. 104-106.

¹⁸⁶ COUTO E SILVA, 2006, p. 81.

¹⁸⁷ COUTO E SILVA, 2006, p. 83.

¹⁸⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**: introdução da constituição das obrigações. 5ª ed. Coimbra: Almedina, vol. I, 2006, p. 121.

A sistematização da estrutura da relação obrigacional busca abranger as variadas circunstâncias possíveis como: a) o dever de efetuar a prestação principal; b) deveres secundários de prestação; c) deveres acessórios; d) sujeições, como contraponto a situações jurídicas potestativas que competem ao credor; e) poderes ou faculdades, que o devedor pode exercer perante o credor e f) exceções, que consistem na faculdade de paralisar a eficácia do direito de crédito¹⁸⁹⁻¹⁹⁰.

Em linhas semelhantes, encontram-se as propostas de Clóvis do Couto e Silva e Judith Martins-Costa.

O primeiro autor, na linha da teoria dualista, relaciona o débito à prestação primária, ao passo que a responsabilidade é a prestação secundária¹⁹¹.

Em relação à proposta da segunda autora, identifica-se dentro da relação obrigacional a existência de interesse à prestação e interesse à proteção, dos quais decorrem deveres. Em relação ao primeiro, ela aponta a existência de: a) deveres de prestação primários ou obrigação principal; b) deveres de prestação secundários ou acidentais e c) deveres anexos ou instrumentais. E, ligados ao interesse de proteção, os deveres de proteção ou laterais¹⁹².

Dentre os interesses de prestação, os deveres de prestação primários são os quais, comumente, se denomina obrigação principal. Eles estruturam e estão presentes em qualquer relação obrigacional e consistem numa ação de dar, fazer ou não fazer. É o objeto da prestação e dão origem à relação de crédito e o dever de prestar. Por exemplo, em um contrato de compra e venda, é o dever de pagar o preço e de transferir o domínio da coisa.

Os deveres de prestação secundários são essenciais para o cumprimento da obrigação principal. Eles são divididos em a) meramente acessórios da obrigação principal e b) com prestação autônoma.

No caso do primeiro, são deveres que auxiliam e são necessários para o cumprimento perfeito da prestação principal. Seguindo no exemplo do contrato de

¹⁸⁹ LEITÃO, 2006, p. 122.

¹⁹⁰ “além disso, há a relação jurídica de obrigação (relação jurídica obrigacional), com a irradiação de direitos acessórios do crédito, direitos formativos, direitos de resolução e de resilição” (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.679, p. 60).

¹⁹¹ COUTO E SILVA, 2006, p. 83.

¹⁹² MARTINS-COSTA, 2018, p. 238-248.

compra e venda, é o dever de embalar adequadamente a coisa de que o domínio será transferido.

Já no caso dos deveres secundários com prestação autônoma, eles servem ou como alternativa à prestação principal ou coexistem com ela. Na primeira hipótese, é o dever de indenizar ante a impossibilidade de realizar a obrigação principal, na segunda hipótese, é o dever de indenizar em razão da mora.

E por fim, os deveres anexos ou instrumentais. Como o nome indica, possuem função instrumental aos deveres principais e secundários. A ideia é que são deveres para otimizar o adimplemento satisfatório, ou seja, “não atinem ao “que”, mas ao “como” prestar”¹⁹³, que podem decorrer de lei ou não¹⁹⁴, mas encontram seu fundamento na boa-fé.

Por sua vez, os deveres de proteção ou laterais diferenciam-se dos anteriores por estarem ligados ao interesse de proteção, desdobramento da boa-fé na relação obrigacional.

A sua marca distintiva é precisamente a quais interesses se encontram vinculados. São deveres decorrentes da relação jurídica que não dizem respeito diretamente à prestação, pois estão voltados à manutenção da integridade da esfera jurídica das partes contra danos injustos, independentemente de a prestação ter sido realizada ou não¹⁹⁵.

Os deveres de prestação encontram seu fundamento na relação jurídica estabelecida entre as partes (negócio jurídico), seja pela previsão expressa de regras, seja pela interpretação da relação obrigacional segundo a boa-fé. Em contrapartida os deveres de proteção têm seu fundamento no princípio da boa-fé objetiva¹⁹⁶.

Sob esse aspecto o princípio da boa-fé objetiva atua como direcionador da conduta das partes para garantir um *standard* comportamental orientado à atuação

¹⁹³ MARTINS-COSTA, 2018, p. 242.

¹⁹⁴ Alguns exemplos que se reputam esclarecedores: “*Verificam-se, exemplificativamente, quando se exige a implementação de deveres de informação sobre as qualidades da coisa prometida à venda; de esclarecimento sobre o alcance de determinada prestação; de prestação de condutas «transparentes» incumbente a todos que gerenciam dinheiros e interesses alheios; de lealdade na conduta contratual, evitando-se o comportamento incoerente, etc.*” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 242).

¹⁹⁵ MARTINS-COSTA, 2018, p. 244.

¹⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Inadimplemento das Obrigações. Volume V, Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 91-92.

conforme valores-ético jurídicos de probidade, honestidade, lealdade e consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual a fim do adimplemento satisfativo¹⁹⁷.

Assim, os envolvidos na relação obrigacional devem adotar condutas pautadas na probidade, lealdade, cooperação e confiança, para a satisfação integral dos interesses envolvidos no vínculo. O adimplemento não se limita ao cumprimento da prestação principal, exigindo também atitudes que evitem causar danos à outra parte¹⁹⁸.

Em razão disso, é possível afirmar que o inadimplemento em sentido amplo, incumprimento¹⁹⁹ ou descumprimento²⁰⁰, consiste na violação de um dever de prestação ou de proteção proveniente da relação obrigacional.

Os efeitos dessa violação dependerão do tipo de dever afligido, o modo e a esfera jurídica afetada (patrimonial ou extrapatrimonial). Por exemplo, em razão do inadimplemento poderia haver a mora ou o inadimplemento absoluto caso sejam afetados interesses de prestação²⁰¹.

Por sua vez, a afetação de um dever de proteção ou lateral, por não envolver dever de prestação, faz surgir situação de inadimplemento pelo descumprimento de dever de proteção ou lateral²⁰², também referido como violação positiva do crédito ou violação positiva do contrato²⁰³. Em outras palavras, é um “adimplemento ruim”²⁰⁴⁻²⁰⁵.

¹⁹⁷ MARTINS-COSTA, 2018, p. 282-283.

¹⁹⁸ “Portanto, além de terem os figurantes o dever de não realizarem determinada conduta com vistas a não causar dano à pessoa ou ao patrimônio do outro figurante, existe ainda o dever de efetivar determinado comportamento com o objetivo do processo obrigacional se desenvolver de modo a obter a sua extinção com a plena satisfação” (HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. **Revista dos Tribunais**, v. 900, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 5).

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, 2009, p. 216.

²⁰⁰ STEINER, Renata. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 128.

²⁰¹ Para uma análise detalhada de cada um dos regimes de descumprimento contratual, ver: STEINER, 2014, p. 128-173.

²⁰² HAICAL, 2010, *passim*.

²⁰³ MARTINS-COSTA, 2009, p. 226.

²⁰⁴ MARTINS-COSTA, 2009, p. 226-227.

²⁰⁵ O exemplo clássico é o do pintor contratado para pintar as paredes de um imóvel. Embora as paredes tenham sido adequadamente pintadas (interesse de prestação), o pintor, ao ter acesso à intimidade do contratante, pessoa famosa, revela detalhes para a imprensa (violação de interesse de proteção) (MARTINS-COSTA, 2009, p. 229-230).

Nesse caso, os danos não decorrem da prestação defeituosa ou da ausência de prestação, mas da maneira como são cumpridos os deveres de proteção, os quais são instrumentalizados conforme a finalidade da obrigação²⁰⁶. Essa hipótese assume especial relevância na análise do processo obrigacional no contexto de tratamento de dados pessoais.

No que diz respeito à relação jurídica obrigacional estabelecida no contexto de tratamento de dados pessoais, cabe observar a existência de uma obrigação principal estabelecida entre o titular e os agentes de tratamento (controlador e operador), além dos demais deveres de prestação e deveres de proteção.

A relação obrigacional necessariamente se estabelece entre o titular de dados e o controlador de dados, e eventualmente envolve também o operador.

O titular é pessoa física, identificada ou identificável, ao qual os dados pessoais se referem, conforme se extrai do artigo 5º, I e V, da LGPD.

Por sua vez, o controlador é pessoa física ou jurídica que toma as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, conforme artigo 5º, VI, da LGPD. O controle exercido pelo controlador refere-se ao exercício do poder de decisão sobre elementos essenciais da atividade de tratamento. Ou seja, cabe a ele decidir, dentre outras possibilidades, a hipótese de tratamento de dados que sua atividade se enquadra (artigos 7 e 11 da LGPD), quais os dados serão tratados, por quanto tempo, e para qual finalidade.

Além de outras obrigações, como registrar as operações de tratamento realizadas (artigo 37), elaborar relatório de impacto à proteção de dados (artigo 5º, XVII, e 38), adotar as medidas necessárias para proteger os dados (artigo 46), comunicar à ANPD a ocorrência de incidentes de segurança (artigo 48), atender aos direitos do titular (artigo 18) e reparar danos causados (artigo 42).

O operador, figura não obrigatória, é definido como pessoa física ou jurídica designada pelo controlador para realizar o tratamento de dados em seu nome, conforme disposto no artigo 5º, VII, da LGPD. Deve ser uma entidade distinta e independente do controlador, mas atua em nome e dentro dos limites estabelecidos

²⁰⁶ MARTINS-COSTA, 2009, p. 230.

pelo controlador²⁰⁷, sob pena de ser responsabilizado. A discricionariedade do operador limita-se a elementos não essenciais da atividade de tratamento²⁰⁸, como a escolha das medidas técnicas para cumprir as diretrizes estipuladas pelo controlador.

No que se refere às obrigações do operador, algumas coincidem com as do controlador, como manter registro das operações realizadas (artigo 37) e adotar medidas para proteger os dados (artigo 46). Contudo, é exclusivo ao operador o dever de realizar o tratamento em conformidade com as instruções do controlador (artigo 39).

A relação jurídica entre titulares e agentes de tratamento evidencia uma potencial assimetria²⁰⁹, decorrente da distribuição de poder decisório e da capacidade técnica entre as partes. Embora o titular possua direitos que podem ser exercidos perante o controlador e salvaguardas legais destinadas à sua proteção, o poder de decisão sobre o tratamento de dados – incluindo a determinação das finalidades, quais dados serão tratados, sob qual base legal e com quem serão compartilhados – cabe exclusivamente aos agentes de tratamento.

Além disso, o titular de dados, muitas vezes também consumidor, encontra-se vulnerável em um mercado de dados complexo e tecnologicamente sofisticado. Essa vulnerabilidade decorre de fatores como a disparidade na compreensão técnica dos procedimentos e normas, bem como de poder econômico das partes, o que pode resultar no condicionamento do oferecimento de produtos ou serviços ao oferecimento de dados pessoais. Também pode ocorrer a imposição de contratos de adesão (ou melhor dito, por adesão²¹⁰), que restringem a liberdade negocial do titular.

²⁰⁷ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. **Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR**. Versão 2.1, p. 25. Disponível em: https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-072020-concepts-controller-and-processor-gdpr_en.

²⁰⁸ ANPD. **Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado**. 2ª ed. Brasília: ANPD, 2022, p. 16. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/Segunda_Versao_do_Guia_de_Agentes_de_Tratamento_retificada.pdf. Acesso em: 07 jan. 2025

²⁰⁹ PAGANELLA, Victoria Dickow. **O nexó de imputação da responsabilidade civil na proteção de dados pessoais**. Londrina: Thoth, 2022, p. 53-59.

²¹⁰ A preposição “por” melhor exprime a ação daquele que deve aderir aos termos do contrato apresentado pelo outro contratante. “Por” indica de forma direta o meio pelo qual o contratante adere e aceita os termos impostos.

Nesse contexto, a LGPD reconhece essa assimetria e prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova em algumas situações. Quando houver verossimilhança das alegações, hipossuficiência do titular para produção da prova ou quando a prova for excessivamente onerosa, a inversão pode ser aplicada (artigo 42, § 2º). Tal previsão assemelha-se à facilitação probatória prevista no Código de Defesa do Consumidor, reforçando a proteção do titular frente aos agentes de tratamento.

Sobre o conteúdo e desenvolvimento da relação jurídica que envolve tratamento de dados, é importante destacar que o tratamento de dados muitas vezes não é o objeto da prestação da obrigação principal. Relembre-se a abrangência do conceito de tratamento de dados, definido pela LGPD, que engloba operações como o uso, processamento, acesso, armazenamento e outras ações realizadas com dados pessoais.

Assim, para que fosse um dever de prestação primário (obrigação principal), a operação de tratamento consistiria em uma obrigação de dar ou fazer. É mais comum, entretanto, que o tratamento de dados seja um dever de prestação secundário meramente acessório à obrigação principal.

A obrigação principal consistiria, por exemplo, na oferta de um serviço ou produto, a qual, de alguma forma, requeria o tratamento de dados pessoais para sua execução.

Nesse caso, ao fornecer o serviço ou produto e exigir a identificação do usuário, há tratamento de dados pessoais com a coleta, o uso para criação de cadastro e identificação, e o armazenamento para fins legais. Ou seja, os dados pessoais são necessários para o perfeito cumprimento da obrigação principal.

A violação de interesses de prestação pode ensejar a utilização de remédios ao inadimplemento contratual para contornar a mora ou o inadimplemento absoluto²¹¹, bem como dar origem à responsabilidade civil contratual, caso haja perdas e danos (dano patrimonial). Excepcionalmente, em razão da gravidade do inadimplemento e os bens jurídicos afetados, também poderá ter origem dano extrapatrimonial.

A hipótese que se destaca ao longo deste trabalho é a emergência de danos extrapatrimoniais decorrentes de incidente de segurança, de modo que a investigação

²¹¹ Por exemplo, a execução forçada, execução pelo equivalente, a resolução do contrato, dentre outros.

se centra quando há surgimento de responsabilidade civil com base em relação jurídica preexistente, mas não se tratando de responsabilidade contratual.

Outra circunstância que se mostra relevante é a violação de interesses de proteção, ou seja, os dados pessoais e seu tratamento não se relacionam com os deveres de prestação. É possível que tenha ocorrido a adequada entrega da prestação da principal, mas não foram observados deveres de proteção antes, durante ou após o seu cumprimento, o que termina por violar a integridade da esfera jurídica do titular.

Tome-se como exemplo a situação em que uma pessoa busca atendimento médico em um consultório. Na consulta a pessoa é avaliada pelo médico, com a apresentação do diagnóstico e orientação médica para a condição dessa pessoa, a qual se mostrou acertada. Assim, houve o cumprimento da prestação principal.

Apesar disso, constata-se, posteriormente, condutas relacionadas aos dados pessoais do paciente que configuram incidentes de segurança e causam danos a ele. Por exemplo, a utilização das imagens das câmeras de segurança do consultório para identificação e avaliação do estado de ânimo da pessoa e, após a consulta, a venda ou compartilhamento em conjunto com seus dados de saúde para terceiros para finalidades desconhecidas; a falta da adoção de medidas de segurança ou organizacionais que garantam o armazenamento seguro dos dados, resultando no vazamento de dados por conta de uma invasão aos arquivos do consultório (por meio eletrônico ou não) ou a vulnerabilidade a técnicas de engenharia social²¹²; e a falta de controle sobre quem tem acesso e a quais dados, o que resulta na exposição de aspectos particulares e delicados do estado de saúde do paciente para um número indeterminado de pessoas.

São todas situações que, embora o paciente tenha sido adequadamente atendido e curado, com o cumprimento dos deveres de prestação e sem qualquer

²¹² “A engenharia social é um método usado para enganar, manipular ou explorar a confiança das pessoas. É uma forma de ataque sem violência física que busca fazer com que a vítima realize voluntariamente ações prejudiciais a si mesma, como divulgar informações sensíveis ou transferir dinheiro para desconhecidos” (ABIN. **Engenharia Social**. Guia para Proteção de Conhecimentos Sensíveis. [S. l.]: ABIN, 2021, p. 7. Disponível em: <https://www.gov.br/abin/pt-br/institucional/acoese-programas/PNPC/boas-praticas-1>. Acesso em: 20 dez. 2024).

discussão possível sobre isso, sobreveio dano de natureza extrapatrimonial pela violação de deveres de proteção. O dano surgiu “a *latere* do contrato”²¹³.

Esses deveres de proteção estão expressamente previstos na LGPD, o que facilita sua identificação e exigibilidade, uma vez que não são extraídos por meio de interpretação do conteúdo da relação obrigacional. Tal previsão reforça a necessidade de observância dessas regras e evidencia a preocupação do legislador em assegurar que o tratamento de dados seja realizado de maneira segura sem que haja danos ao titular.

Portanto, em que pese o dano extrapatrimonial não decorra simplesmente do descumprimento da obrigação (inadimplemento em sentido amplo²¹⁴) “a relação obrigacional pode consistir no *ambiente que ocasiona danos extrapatrimoniais* quando, por força da situação jurídica obrigacional, é atingido injustamente o interesse extrapatrimonial da contraparte”²¹⁵⁻²¹⁶.

Em razão disso, constata-se a ilicitude da conduta por violação ao princípio da finalidade legítima, específica e informada, bem como por não adotar as medidas de segurança, organizacionais e administrativas necessárias para garantir a segurança no tratamento de dados, o que enseja responsabilidade civil pelo ato ilícito (ou

²¹³ MARTINS-COSTA, 2018, p. 245.

²¹⁴ STEINER, 2014, p. 125-129; MARTINS-COSTA, 2009, p. 108-109 e 226-232.

²¹⁵ MARTINS-COSTA, 2009, p. 461-463. A autora também destaca que no direito brasileiro a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual não é muito rígida, tendo em vista a interpenetração das regras de responsabilidade das duas categorias (MARTINS-COSTA, 2009, p. 117).

²¹⁶ Alguns exemplos de inadimplemento da obrigação que causam dano extrapatrimonial: “(i) os danos causados em paciente vítima de erro médico durante o parto, sendo o erro a causa de danos que atingiram gravemente a estética e a vida sexual da gestante; (ii) quando a seguradora recusa o pagamento de indenização por danos cobertos no contrato, acrescendo ao inadimplemento da prestação uma situação de aflição ao paciente já fragilizado; (iii) quando o contratante, usando sua posição jurídica contratual, age disfuncionalmente, como uma instituição financeira que recusa o pagamento de cheques ou cancela o “cheque especial” de clientes sem motivo para tal causando abalo em sua *aestimatio* ou em sua honra objetiva; (iv) e, ainda exemplificativamente, os danos decorrentes da divulgação, por um advogado, de detalhes da intimidade do cliente que atende por via de contrato de mandato para atuar em ação de divórcio” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 461-462). O exemplo (iv) ilustra a situação em que o dano decorreu da violação de um dever de proteção, ainda que os deveres de prestação tenham sido plenamente adimplidos.

antijurídico, conforme se verá a seguir) e a consequente obrigação de indenizar o dano causado²¹⁷.

Conclui-se que a relação jurídica entre titulares e agentes de tratamento de dados pessoais, sob a ótica da LGPD, é permeada por deveres de prestação e, principalmente, de proteção, cujos descumprimentos podem gerar danos passíveis de reparação. Esses deveres, ao serem violados, evidenciam a relevância da responsabilidade civil como mecanismo para assegurar a proteção dos direitos do titular, especialmente diante de incidentes de segurança e outras situações que, embora não prejudiquem a prestação principal, comprometem a integridade da esfera jurídica do titular. Assim, a LGPD não apenas regula o tratamento de dados, mas também reforça a necessidade de condutas éticas e seguras por parte dos agentes, consolidando a responsabilidade civil como instrumento para garantir a eficácia de sua tutela na hipótese de danos ocorridos em razão de seu descumprimento.

3.2 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, como um dos institutos mais tradicionais do Direito, possui raízes históricas longínquas. Sua finalidade, fundamentos e elementos, considerando o seu longo histórico, inevitavelmente, passaram por transformações. Isso demonstra sua íntima conexão com as demandas sociais e a necessidade de respostas jurídicas aos problemas e conflitos que surgem em cada tempo.

Fazendo um recorte histórico, o século XX é um exemplo da tensão entre Direito e transformações tecnológicas com impactos sociais. A industrialização da sociedade, o aumento dos riscos inerentes à atividade industrial e comercial demonstram essa capacidade de adaptação da responsabilidade civil. Destaca-se, nesse período, a introdução do risco para fins de responsabilização, em detrimento da culpa, elemento clássico e fundante da responsabilidade civil.

²¹⁷ “Vale dizer, entre as modalidades de obrigações existentes (dar, fazer, não fazer), o Código incluiu mais uma – a obrigação de indenizar. Sempre se disse que o ato ilícito é uma das fontes da obrigação, mas nunca a lei indicou qual seria essa obrigação. Agora o Código diz – aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar. A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar indemne o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso” (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa De Responsabilidade Civil**. 16ª ed. Barueri: Editora Atlas, 2023, p. 13).

Anderson Schreiber constatou que a responsabilidade civil na sociedade contemporânea caracteriza-se pela incerteza e pela mutabilidade. Isso seria consequência do descompasso entre doutrina e jurisprudência e o distanciamento das premissas básicas do instituto. Somado a isso, a sociedade contemporânea experimenta uma dupla expansão: a dos meios lesivos e a dos interesses lesados²¹⁸.

O primeiro, é resultado da evolução tecnológica, que facilita a produção de danos em larga escala, sobretudo pelo meio digital. O segundo, decorre do reconhecimento da tutela de interesses existenciais e coletivos.

Assim, dois foram os fatores fundamentais para a transformação do instituto ao longo do século XX: 1) as descobertas científicas e tecnológicas, que contribuíram com a massificação da produção e do consumo de bens e 2) a busca de justiça social, de modo que, em contraposição ao Estado liberal, o Estado passa a intervir em maior medida na sociedade para coibir abusos e garantir o bem-estar das pessoas²¹⁹.

Além disso, principalmente após a Constituição Federal de 1988, os danos passíveis de reparação ampliaram-se, tendo em vista o reconhecimento expresso da existência do dano moral e assegurada a sua reparação (artigo 5º, V e X, da CF)²²⁰, bem como a necessidade de tutelar danos que afetam interesses difusos e coletivos²²¹. Isso reflete a ênfase da responsabilidade civil em promover a proteção

²¹⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 3-4.

²¹⁹ CAVALIERI FILHO, 2023, p. 2-3.

²²⁰ Nesse sentido se destaca a correlação entre direitos da personalidade e dano moral, ou melhor, dano extrapatrimonial: *“Sua natureza não patrimonial, em desacordo com a cultura jurídica ocidental de valorização do indivíduo proprietário, fez com que permanecessem à margem do direito civil. Foi preciso que se avançasse na compreensão de que sua violação deveria se enquadrar no âmbito dos danos e, fundamentalmente, dos danos morais. As trajetórias dos dois institutos ficaram indissoluvelmente ligadas. Ambos sofreram a resistência de grande parte da doutrina para considerá-los objetos autônomos do direito [...] A inserção constitucional dos direitos da personalidade e dos danos morais consagra a evolução pela qual os dois institutos jurídicos têm passado. Os direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, encontram excelente campo de aplicação nos danos morais, que igualmente não são patrimoniais (patrimoniais são os danos materiais). Ambos têm por objeto bens jurídicos integrantes da interioridade da pessoa, ou seja, tudo aquilo que é inerente à pessoa e deve ser tutelado pelo direito. Os direitos da personalidade, nas vicissitudes por que passaram, sempre esbarraram na dificuldade de encontrar um mecanismo viável de tutela jurídica, quando da ocorrência da lesão, ante os fundamentos patrimonialistas que determinaram a concepção do direito subjetivo, nos dois últimos séculos. A recepção dos danos morais foi o elo que faltava, pois constituem a sanção adequada ao descumprimento do dever absoluto de abstenção de violação dos direitos da personalidade”* (LÔBO, 2015, p. 128-129).

²²¹ CRUZ, Gisela Sampaio da. Reparação integral (princípio da). A correlação entre o dano e a indenização. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). **Dicionário de princípios jurídicos**. São Paulo: Elsevier, 2011, p. 1167.

da vítima do dano injusto, em vez de se preocupar com a conduta culposa ou dolosa do agente.

Como sintetiza Sergio Cavalieri Filho,

o sistema da culpa provada, estabelecido como cláusula geral no art. 159 do Código Civil de 1916, traduzia com fidelidade o ideário liberalista do século XX. Livre, o homem é responsável e a culpa o corolário da liberdade. Tal sistema, entretanto, embora tenha funcionado por milênios, desde a *lex aquilia* do Direito Romano, revelou-se insuficiente antes mesmo da entrada em vigor do Código de 1916. Tanto é assim que a chamada “Lei das Estradas de Ferro”, de 1912, já havia estabelecido responsabilidade objetiva para aquele meio de transporte. Apesar da resistência dos defensores da teoria subjetiva, a culpa aos poucos deixou de ser a grande estrela da responsabilidade civil, perdeu cada vez mais espaço, até ser retirada do palco. A responsabilidade objetiva, plantada nas obras pioneiras de Raymond Saleilles, Louis Josserand, George Ripert e outros, acabou sendo admitida como exigência social e de justiça para determinados casos. É que a implementação da indústria, a expansão do maquinismo e a multiplicação dos acidentes deixaram exposta a insuficiência da culpa como fundamento único e exclusivo da responsabilidade civil. Pelo novo sistema, provados o dano e o nexo causal, exsurge o dever de reparar, independente de culpa. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar a ocorrência de alguma das causas de exclusão do nexo causal – caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro²²².

Esse contexto de mudanças deve ser considerado na análise da responsabilidade civil contemporânea, pois reflete o percurso do instituto, seus limites e respostas.

O substantivo responsabilidade possui diversos significados. Para compreender seu sentido jurídico, deve-se lembrar que a ordem jurídica autoriza certas condutas (deveres positivos: de dar ou fazer) e proíbe outras (deveres negativos: de não fazer). Além de “um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso na máxima *neminem laedere*”²²³, que reforça a ideia de que a “ofensa não deve ficar sem satisfação, ressarcimento”²²⁴.

O dever jurídico, portanto, impõe a observância de normas para permitir o convívio social. A violação de um dever jurídico ou o abuso de direito configuram

²²² CAVALIERI FILHO, 2023, p. 4. Sob o título “dos atos ilícitos”, o artigo 159 do Código Civil de 1916 assim dispunha: **CC. Art. 159.** *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.*

²²³ CAVALIERI FILHO, 2023, p. 11.

²²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, § 5.498, p. 61.

contrariedade a direito²²⁵. Ou seja, ilícito ou ilicitude. Conforme Marcos Bernardes de Mello, ao conceituar o fato ilícito *lato sensu*, “[...] é possível concluir que constitui ilícito todo fato, conduta ou evento contrário a direito que seja imputável a alguém com capacidade delitual (= de praticar ato ilícito)”²²⁶.

Além do aspecto objetivo da ilicitude (contrariedade a direito ou antijuridicidade²²⁷), há o aspecto subjetivo (imputabilidade). Isto é, o agente é dotado

²²⁵ Há questionamentos na doutrina se o abuso de direito efetivamente é ato ilícito, contudo, segue-se a redação do art. 186 do CC que o reconhece como ato ilícito e pode ensejar obrigação de indenizar. A respeito do abuso de direito não necessariamente ser ilícito: “*Parece, no entanto, que não foi feliz a colocação [no art. 187 do CC/2002], porque nos casos ditos de abuso de direito nem sempre haverá verdadeira ilicitude: como vamos ver, dos dois elementos da ilicitude, a antijuridicidade (isto é, a contrariedade ao direito) e a culpabilidade, só o primeiro está sempre presente no abuso de direito. Quem age contra o direito, age sem direito: os casos ditos de abuso de direito são, na realidade, hipóteses de atuação contrária ao direito, atuação antijurídica, mas não necessariamente ilícita. [...] O ato abusivo não é necessariamente ilícito subjetivamente, mas é sempre atuação contrária ao direito, atuação antijurídica. Abusa de seu direito quem faz dele uso desconforme, seja com a finalidade de inutilmente causar danos a outrem, seja simplesmente para alcançar outros objetivos não tutelados pela norma atributiva ou reguladora do direito. Uma consequência desta concepção será não precisar o lesado de provar que o lesante agiu com o propósito de prejudicá-lo, basta que faça prova do uso desconforme*” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 392-394).

²²⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. §56, item 2.1, [n. p.].

²²⁷ Há na doutrina discussão se a culpa integra o conceito de ato ilícito. Possivelmente a conclusão de que a culpa integra o suporte fático do ato ilícito decorre da herança doutrinária pautada pelo Código Civil de 1916 e a influência da doutrina francesa. Naquele código, em que só havia a previsão de responsabilidade civil subjetiva, mostra-se lógico que o ato ilícito ensejador da obrigação de indenizar seja integrado pela culpa. Contudo, especialmente após a consolidação da responsabilidade civil objetiva, que também surge de ato ilícito e dispensa análise sobre conduta, isto é, a culpa do agente, não parece haver mais sentido sustentar que a culpa integre o conceito de ato ilícito. Como bem analisa Rafael Peteffi da Silva: “*Essa realidade deu causa às duas acepções do termo ilicitude aceitas no Direito brasileiro. Primeiramente, a “ilicitude subjetiva”, sustentada por uma das acepções da faute e pela possibilidade semântica de se considerar que a consequência jurídica imediata da verificação de todos os requisitos do ato ilícito positivado em nosso ordenamento (art. 159, CC/1916) geraria ilicitude. Com a tradição jurídica alicerçada na norma contida no art. 159 do antigo Código Civil, ilicitude subjetiva estaria, sempre, vinculada ao ato voluntário e culposo do agente que contraria o direito. A chamada ilicitude objetiva, por seu turno, vincular-se-ia à noção de antijuridicidade que vem sendo trabalhada no presente estudo. Como corolário lógico da dupla acepção da ilicitude temos a dupla acepção do próprio ato ilícito: i. ato ilícito entendido como o conjunto de pressupostos necessários para preencher o suporte fático das normas supratranscritas (arts. 159, CC/1916; 186 e 187, CC/2002) e ii. ato ilícito como conduta antijurídica, ou seja, com o qualificativo ilícito sendo polarizado para a ilicitude objetiva, restringindo-se a categoria à ação contrária ao Direito. Neste trabalho, o termo ato ilícito será sempre utilizado na primeira acepção*” (PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 18, n. 6, p. 169–214, 2020, p. 179). Para o referido autor, em síntese, o termo ato ilícito designaria somente a conduta culposa que viola o ordenamento, ao passo que a conduta antijurídica seria conceito que designa a ação contrária ao Direito.

de capacidade, a qual permite a imputação da responsabilidade pela ação ou omissão²²⁸. A imputabilidade também é entendida por parte da doutrina a partir do

[...] elemento da voluntariedade, de sorte a permitir um juízo de imputação, ou seja, a atribuição da prática de uma ação ou omissão voluntária ao seu ator. A imputabilidade vem, então, como condição pessoal de maturidade e de sanidade, que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se segundo esse entendimento²²⁹.

No mesmo sentido, ao diferenciar antijuridicidade e culpabilidade, Fernando Noronha destaca que a ilicitude exige a antijuridicidade, que consiste na contrariedade à norma (elemento objetivo), e a culpabilidade, que é a imputabilidade ao agente do ato praticado a título de dolo ou culpa (elemento subjetivo)²³⁰.

Desse duplo aspecto da ilicitude pode-se falar em ato ilícito em sentido estrito, ou seja, a conduta culposa contrária a direito, conforme prevista no artigo 186 do Código Civil e pressuposto da responsabilidade subjetiva. Por sua vez, o ato ilícito em

²²⁸ Dessa maneira, o art. 932, I e II, do CC é hipótese de contrariedade ao Direito em que não haveria, propriamente, ilicitude. A ausência de ilicitude decorre da inimputabilidade do incapaz. De toda forma, há a previsão legal de um nexos de imputação específico em que surge a obrigação de indenizar independente de ilicitude, e de culpa, conforme a primeira parte do parágrafo único do art. 927 do CC. Assim, a responsabilidade civil pelo ato danoso praticado por incapaz surge pelo dever legal de reparar o dano. *“Se no ato ilícito a vontade do agente é sempre relevante, não haverá ilicitude (subjetiva) quando não houver nele vontade e consciência da ação que pratica, ou da omissão que incorre. Por isso é que nos atos danosos praticados por inimputáveis são antijurídicos, mas não chegar a ser ilícitos, por que têm por autores pessoas não passíveis de juízo de censura”* (NORONHA, 2013, p. 392).

²²⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 180.

²³⁰ NORONHA, 2013, p. 387-388.

sentido amplo, o qual somente se refere à ilicitude do ato, ou seja, a antijuridicidade²³¹ da conduta ou, em outras palavras, sua contrariedade ao ordenamento jurídico²³².

Caso esse ato antijurídico (ato ilícito em sentido amplo) provocar dano, surge um dever sucessivo: o dever de indenizar o dano. Assim, conforme estabelece o artigo 927, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, o dano é mais um pressuposto da responsabilidade civil. Há casos excepcionais, contudo, que mesmo o ato lícito gerará responsabilidade civil. São as situações relativas a atos praticados em legítima defesa, no exercício regular de direito ou a fim de remover perigo iminente²³³.

²³¹ A respeito da antijuridicidade, a fim de melhor compreender no que consiste a contrariedade ao Direito, constata-se a sua dupla manifestação: “No âmbito da responsabilidade civil, essas ínsitas dificuldades em se identificar a antijuridicidade do ato em determinada hipótese específica, já que, muitas vezes, ele não está, expressamente, proibido por norma jurídica, podem ser melhor visualizadas no entendimento da antijuridicidade em seu aspecto positivo e negativo: (i) observa-se o aspecto positivo com a violação de interesse juridicamente tutelado, representado por essa contrariedade do ordenamento jurídico como totalidade (*contra ius*); (ii) enquanto o aspecto negativo da antijuridicidade evidencia-se pela inexistência de justificação para o ato antijurídico violador de interesse juridicamente tutelado, centrando a análise na teoria das pré-excludentes da antijuridicidade (*sine iure*). Não seria totalmente correto afirmar que a antijuridicidade ocorre pela soma das duas fases apresentadas, mas antes elas representam uma síntese orgânica da avaliação da existência da antijuridicidade” (PETEFFI DA SILVA, 2020, p. 185).

²³² “Em sentido estrito, o ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade – ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar. [...] Na responsabilidade subjetiva, como veremos, serão necessários, além da conduta ilícita, a culpa, o dano e o nexo causal. Esse é o sentido do art. 186 do Código Civil. A culpa está ali inserida como um dos pressupostos da responsabilidade subjetiva. [...] Já na responsabilidade objetiva a culpa não integra os pressupostos necessários para sua configuração. Em sentido amplo, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico. Tal como o ato ilícito, é também uma manifestação da vontade, uma conduta humana voluntária, só que contrária à ordem jurídica” (CAVALIERI FILHO, 2023, p. 19).

²³³ Conforme arts. 188, 929 e 930 do CC. **Art. 188.** Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. **Art. 929.** Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. **Art. 930.** No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. **Parágrafo único.** A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Em síntese, a responsabilidade, em sentido jurídico, é a atribuição de um dever sucessivo, de reparação ou de restituição²³⁴, como consequência da violação de um dever jurídico originário que causou um dano²³⁵.

Disso se extrai que o objetivo da responsabilidade civil é a “retratação de um conflito” por meio do ressarcimento ou reparação de uma ofensa, seja física ou moral, decorrente da violação de direitos ou o não recebimento daquilo que foi ajustado²³⁶.

Como consequência, a responsabilidade civil busca proteger o lesado por meio da reparação, e não da punição de comportamentos negligentes²³⁷⁻²³⁸.

Nesse sentido, Judith Martins-Costa destaca que o instituto possui como finalidade a “reparação (no caso de lesão a interesse patrimonial) ou a compensação (quando ofendido interesse extrapatrimonial) de danos injustamente cometidos”²³⁹.

A autora ressalta, contudo, que, dada a extensão dos bens jurídicos protegidos, a pessoa e o patrimônio, todo sistema jurídico precisa adotar critérios para identificar os danos indenizáveis.

Assim, “é função principal da disciplina da Responsabilidade Civil determinar, dentre os inúmeros eventos danosos que ocorrem cotidianamente, quais devem ser transferidos da vítima ao autor do dano, conformemente à ideia de justiça dominante na sociedade”, especialmente no que toca o dano extrapatrimonial²⁴⁰.

²³⁴ “Na linguagem do direito brasileiro, reparar e restituir compreendem a recomposição natural e a recomposição pelo equivalente. Indenizar, em sentido estrito, é somente prestar o equivalente. O dever de indenizar supõe ter havido dano” (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.717, p. 263).

²³⁵ O termo responsabilidade também é utilizado no ordenamento jurídico, em sentido menos específico, para expressar a ideia de cuidado, diligência e proteção. Exemplos disso são os arts. 1.565 e 1.566 do CC e art. 100, parágrafo único, IX, do ECA, que estabelecem a responsabilidade dos genitores em prestar cuidados e atender às necessidades dos filhos.

²³⁶ STOCO, 2015, p. 180.

²³⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. Reparação integral (princípio da). A correlação entre o dano e a indenização. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). **Dicionário de princípios jurídicos**. São Paulo: Elsevier, 2011, p. 1166.

²³⁸ A responsabilidade civil é uma das formas possíveis de tutela no direito privado, cuja função é reparar o dano: “[...] una, tra le tecniche di tutela civile degli interessi: quella che ha il compito specifico di assicurare, ricorrendone i presupposti normativi, la riparazione del danno ingiusto ” (SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 6-7).

²³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 3, n. 9, 2014, p. 7074.

²⁴⁰ MARTINS-COSTA, 2014, p. 7074.

O instituto jurídico apresenta-se sob dois regimes consolidados no ordenamento jurídico, o subjetivo e o objetivo.

A responsabilidade civil subjetiva é a regra geral estabelecida pelo Código Civil nos artigos 927 e 186. É o sistema da culpa provada, previsto pelo Código Civil de 1916 e identificado com o surgimento do instituto da responsabilidade civil, segundo o qual “[...] ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir”²⁴¹.

Assim, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”²⁴². Consequentemente, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, conforme artigos 186 e 927 do Código Civil.

Em outras palavras, o regime subjetivo exige para a responsabilização a prova da culpa ou dolo do agente causador do dano para o surgimento da obrigação de indenizar. Seus pressupostos, portanto, são a existência de ato ilícito (em sentido estrito, ou seja, culpa ou dolo) e a conexão (nexo causal) com prejuízo sofrido pela vítima (dano).

A responsabilidade civil objetiva, por sua vez, consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro ao longo do século XX por meio de leis especiais e a previsão do artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988²⁴³. Contudo, o reconhecimento do

²⁴¹ CAVALIERI FILHO, 2023, p. 27.

²⁴² Cabe ressaltar que, apesar do texto legal incluir o elemento dano dentro do conceito de ato ilícito, a ilicitude independe da ocorrência de dano, de modo que basta a contrariedade a direito para a configuração da ilicitude. Conforme ressalta Fernando Noronha: “O art. 159 do Código de 1916 referia a necessidade de ocorrência de um dano, mas evidentemente este não entra na noção de ato ilícito, como dito no texto. No entanto, nesse Código a referência era compreensível, porque o dispositivo, ao mesmo tempo que definia o ato ilícito, estatuiu a obrigação de reparar o dano que resultasse dele. Já no art. 186 do Código de 2002, que se limita a dar uma noção de ato ilícito, sem cuidar de suas consequências jurídicas, que passaram a ser estabelecidas noutro lugar (o art. 927, caput), a referência ao dano é injustificada”. (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 387).

²⁴³ **CF. Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] **§ 6º.** As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

regime objetivo teve seu ápice, especialmente, com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor e, posteriormente, pelo Código Civil de 2002.

Esse longo percurso deveu-se à resistência da doutrina e da jurisprudência de abandonarem a culpa como única fonte da responsabilidade civil e, no Brasil, a falta de previsão pelo Código Civil de 1916 e os limites interpretativos impostos pelo seu artigo 159.

O advento da Revolução Industrial trouxe transformação tecnológica e social e, conseqüentemente, novos danos e acidentes que não eram adequadamente tutelados pela conformação da responsabilidade civil baseada na culpa. Como resultado, houve insatisfação social e rejeição por parte do Poder Judiciário da ideia de provar a culpa, tarefa que se mostrava árdua e quase impossível²⁴⁴.

Ante as dificuldades enfrentadas ao longo do século passado para demonstrar a culpa em certas situações, os tribunais passaram a flexibilizar a comprovação da culpa ou admitir a sua presunção.

No entanto, a responsabilidade civil continuava ligada à noção de culpa, a diferença era a alteração do ônus da prova, uma vez que exigia ao demandado provar que não agiu com culpa²⁴⁵. Tratava-se de presunção relativa, de maneira que a culpa do causador do dano era presumida até que provasse o contrário²⁴⁶.

Somente com a recepção da teoria do risco é que surgiu imputação de responsabilidade independente de culpa²⁴⁷.

²⁴⁴ SCHREIBER, 2009, p. 17.

²⁴⁵ “O primeiro passo nessa longa evolução foi a flexibilização da prova da culpa. Em face da dificuldade de se provar a culpa em determinados casos, os Tribunais passaram a examiná-la com tolerância, extraindo-a, muitas vezes, das próprias circunstâncias em que o evento se dava. Admitiu-se a chamada culpa *in re ipsa*, aquela que deriva inexoravelmente da gravidade do fato danoso e das circunstâncias em que ele ocorreu, de tal modo que basta a prova desse fato para que *ipso facto* fique demonstrada a culpa, [...] O segundo estágio dessa evolução foi a admissão da culpa presumida, mecanismo encontrado para favorecer a posição da vítima diante da dificuldade por ela encontrada para provar a culpa do causador do dano em determinadas situações e a resistência dos subjetivistas em aceitar a responsabilidade objetiva. O fundamento da responsabilidade continuou sendo mesmo a culpa; a diferença reside em um aspecto meramente processual de distribuição do ônus da prova. Enquanto no sistema clássico, isto é, o da culpa provada, cabe à vítima provar a culpa, no de inversão do ônus probatório, atribui-se ao demandado o ônus de provar que não agiu com culpa” (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao Novo Código Civil**. Vol. XIII. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011. E-book. p. 5-6. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-3878-9/>. Acesso em: 09 dez. 2024).

²⁴⁶ NORONHA, 2013, p. 505.

²⁴⁷ SCHREIBER, 2009, p. 19.

Dessa forma, a obrigação de reparar não se limita a condutas censuráveis do agente. A responsabilidade também pode decorrer de danos causados em certas situações ou pelo exercício de atividades perigosas, ainda que sem culpa²⁴⁸. Ou seja, a “imputação do ato ou fato lesivo ao responsável tem por base não a culpa, mas o risco que ele próprio criou, ou que, pelo menos, acontece dentro da sua esfera de ação”²⁴⁹.

É a previsão do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, o qual dispõe que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Nesse regime de responsabilidade, o elemento central para a responsabilização é a relação de causalidade entre a conduta e o dano sofrido pela vítima, sendo irrelevante a aferição de culpa. Em outras palavras, ao prescindir da culpa do agente, os pressupostos da responsabilidade são o nexo causal e o dano, cuja conexão entre o fato e o prejuízo configura a antijuridicidade que dá origem à obrigação de indenizar²⁵⁰.

No entanto, a complexificação da sociedade e o surgimento de novos danos seguiu em expansão. Aliado a isso, a situação torna-se mais complexa quando os filtros tradicionais das ações indenizatórias são flexibilizados pelos tribunais nessas circunstâncias. Ou seja, vive-se uma “erosão dos filtros da reparação, com a gradual

²⁴⁸ “De acordo com o princípio da culpa, só deveria haver obrigação de reparar danos verificados na pessoa ou em bens alheios quando o agente causador tivesse procedido de forma censurável, isto é, quando fosse exigível dele um comportamento diverso. Por outras palavras, ele só deveria ser obrigado a indenizar quando tivesse procedido com culpa ou dolo. Este princípio é bem sintetizado pelo aforismo “não há responsabilidade sem culpa”, formulado no século XIX [7.9.3]. De acordo com o princípio do risco, ninguém poderia ser obrigado a suportar danos incidentes sobre a sua pessoa ou sobre o seu patrimônio, desde que tivessem sido causados por outrem, ainda que sem qualquer culpa, ou desde que, em casos especiais, tivessem simplesmente acontecido em conexão com certas atividades desenvolvidas por outra pessoa (mesmo que não se pudesse dizer que essa atividade havia sido causadora deles). Esses danos deveriam ficar a cargo do respectivo causador, ou mesmo da pessoa que desenvolvia atividade, sem necessidade de apelar para qualquer ideia de dolo ou culpa. Este princípio é bem sintetizado por um adágio muito antigo, *primum non nocere*, em primeiro lugar não fazer dano” (NORONHA, 2013, p. 457).

²⁴⁹ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 1, p. 145-195, 2011, p. 4.

²⁵⁰ “[...] a antijuridicidade é dado de natureza objetiva: existe sempre que o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao direito, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém” (NORONHA, 2013, p. 509).

perda de importâncias dos tradicionais critérios de imputação de responsabilidade (a culpa e o nexo causal), a partir dos quais se promovia rigorosa seleção dos pleitos ressarcitórios”²⁵¹.

Anderson Schreiber denomina esse fenômeno como o “ocaso da culpa”. Isso ocorre porque, no processo em que a culpa deixa de ser o elemento central da responsabilização, sua demonstração deixou de ser indispensável. A culpa passou a ser presumida, aferida de modo facilitado ou afastada, em razão da ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva.

Além disso, o nexo de causalidade também é flexibilizado, caso a caso, por meio da chamada “causalidade flexível”. Completando esse cenário de incertezas na responsabilidade civil, verifica-se a aferição do dano em abstrato ou, ainda, a ideia de que o dano decorreria do próprio fato (*in re ipsa*)²⁵², configurando quase uma presunção.

Contudo, a erosão dos filtros da responsabilidade não resulta de inaptidão dos julgadores. Ela reflete o conflito entre as estruturas tradicionais da responsabilidade civil e o surgimento de circunstâncias contemporâneas. Observa-se que, no esforço de oferecer respostas às questões que lhes são apresentadas, os julgadores frequentemente adotam critérios diversos, sem métodos objetivos e científicos que garantam segurança jurídica. Além disso, desconsideram-se, em muitos casos, os pressupostos da responsabilidade civil, como a culpa, o nexo causal e o dano²⁵³.

Ocorre que a flexibilização desses pressupostos, ainda que aparente ser útil, aumenta o grau de incerteza sobre o que deve ou não ser objeto de reparação²⁵⁴. Se tudo é responsabilidade civil, nada é responsabilidade civil. Assim, compete ao

²⁵¹ SCHREIBER, 2009, p. 5.

²⁵² SCHREIBER, 2009, p. 5-6.

²⁵³ SCHREIBER, 2009, p. 7.

²⁵⁴ “O problema é que a flexibilização ou relaxamento do nexo de causalidade com base na justiça do caso concreto acaba por minar a própria finalidade do princípio da causalidade: atribuir corretamente os riscos na sociedade. Permitir-se-ão decisões arbitrárias que carecem de legitimidade ou, ainda, da possibilidade de defesa por parte do réu, rompendo-se a unicidade e a segurança do sistema de reparação, tão caras ao Direito. Nesse sentido, apesar desse movimento ter o mérito de reconhecer que a análise tradicional do nexo de causalidade, no sentido de que não há responsabilidade sem a certeza de quem seja seu causador, especialmente diante de uma matéria legislativa consideravelmente lacônica, é insuficiente; não se pode admitir a flexibilização com dispensa dos critérios científicos construídos nos últimos séculos” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; VIOLA, Rafael. Perspectivas sobre o nexo de causalidade: passado, presente e futuro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 29, n. 8, p. 207-240, 2021, p. 12).

intérprete o esforço de compreender a complexa situação fática que lhe é apresentada e interpretá-la adequadamente com o ordenamento jurídico.

A partir desse diagnóstico, é o que se propõe neste estudo: retomar os pressupostos da responsabilidade civil e harmonizar a interpretação da LGPD com o ordenamento jurídico.

Isso porque o tratamento de dados pessoais e os riscos a ele associados representam mais um capítulo na tensão entre as transformações sociais e os pressupostos da responsabilidade civil. E, embora a culpa tenha perdido protagonismo, é possível estar diante da “aurora da culpa”²⁵⁵, como será abordado no tópico destinado à responsabilidade civil na LGPD.

Portanto, no âmbito da proteção de dados pessoais, é essencial analisar os pressupostos da responsabilidade civil à luz dos princípios e deveres previstos pela LGPD. Em outras palavras, deve-se examinar como a responsabilidade civil é impactada pelas novas tecnologias e como a obrigação de reparar se articula diante de incidentes de segurança e dos danos decorrentes da atividade de tratamento.

3.2.1 Culpa e risco

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil é a conduta culposa. Embora a doutrina frequentemente se refira a esse elemento apenas como culpa, o uso do termo “conduta” torna mais evidente que se trata da qualificação de um comportamento como culposos.

O conceito de culpa é definido por José de Aguiar Dias como a

falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado,

²⁵⁵ Não se discute que a culpa tenha perdido o protagonismo na responsabilidade civil, mas a LGPD parece prestigiar a culpa como elemento de responsabilização, como será objeto de análise adiante, por isso a afirmação do “ressurgimento” da culpa por meio da expressão “aurora da culpa”. Os problemas destacados e a análise feita por Anderson Schreiber são acertados. Contudo, cabe pontuar, que há dúvidas sobre a solução por ele apresentada de adotar uma metodologia de ponderação entre interesse lesado e interesse lesivo. Por outro lado, é de se pensar a reforma proposta para adoção de um sistema de responsabilidade social, com diluição da reparação dos danos por toda a sociedade, especialmente pela criação de mecanismos diretos de distribuição do ônus da reparação do dano, por exemplo, sistemas de seguridade social ou adoção de seguros privados legalmente obrigatórios. No entanto, a proposta merece maior reflexão e aprofundamento, além de escapar ao objetivo primordial deste trabalho. A respeito das conclusões e propostas apresentadas por Schreiber, ver: SCHREIBER, 2009, p. 241-250.

não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude²⁵⁶⁻²⁵⁷.

Nota-se que a noção inicial de culpa como falta moral, vinculada à análise do estado de ânimo e consciência do agente, foi abandonada em favor de uma noção objetivada. Assim, a análise subjetiva ou psicológica da conduta do agente deu espaço a uma análise sob o aspecto do erro de conduta, apreciado em abstrato, ou seja, comparado com um modelo geral de comportamento²⁵⁸. É o que se designou culpa normativa, na qual a conduta concreta é comparada com um modelo abstrato de comportamento esperado, um “*standard* de conduta”.

Portanto, a culpa é o descumprimento de um dever jurídico de diligência²⁵⁹.

Ao conceituar o ato ilícito, o artigo 186 do Código Civil refere-se à conduta culposa/culpa ao mencionar a ação ou omissão voluntária que viola direito de outrem.

Em outras palavras, o ato ilícito consiste em conduta voluntária que viola o ordenamento jurídico com base em um “agir” (ação) ou em um “não agir” quando havia a obrigação de agir de determinada forma (omissão).

²⁵⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Vol. 1, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 120.

²⁵⁷ Em conceito semelhante: “[...] *pode-se conceituar a culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível*” (CAVALIERI FILHO, 2023, p. 48). O conceito de culpa também é explorado por Marcelo Junqueira Calixto como o “[...] *erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado que teria sido adotado pelo ser humano prudente nas circunstâncias do caso concreto. Com tal conceito é colhida a tese de que a culpa, sendo considerado um erro de conduta, pode consistir em uma ação ou omissão que acarreta a violação do cuidado devido. 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. Além disso, a referência às circunstâncias do caso concreto impõe a consideração da formação intelectual do agente e, em certos casos, como, por exemplo, danos causados na prática esportiva da compleição física do mesmo agente. Assim, o standard de conduta é contextualizado, relativizado, não sendo, em outras palavras, absoluto, atemporal ou universal. Exige-se, por fim, que este erro de conduta possa ser imputável ao agente, o que remete ao tema da imputabilidade civil*” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31-32).

²⁵⁸ SCHREIBER, 2009, p. 34-35.

²⁵⁹ “[...] *toda a culpa que leva à responsabilização civil importa na violação (comissiva ou omissiva) de um dever de conduta cujo resultado o autor da ação ou da omissão podia ou devia conhecer e evitar*” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 190-191).

Além disso, o Código Civil não distinguiu o dolo e a culpa para fins de responsabilidade civil²⁶⁰.

Assim, no âmbito desse instituto jurídico, a culpa deve ser entendida em sentido amplo, ou seja, englobando tanto a noção de dolo quanto a de culpa em sentido estrito. Tampouco se observa previsão de gradação dessas noções pelo legislador (por exemplo, culpa levíssima, leve ou grave), com exceção da hipótese do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, que será abordado sob o tópico do dano.

O dolo deve ser compreendido como a conduta voluntária do agente direcionada para a concretização do resultado danoso. Por sua vez, a culpa em sentido estrito, embora a conduta seja voluntária e serviu para ocorrência do dano, o resultado não era desejado e se concretizou acidentalmente por desvio de conduta do agente.

Na culpa em sentido estrito com frequência refere-se a condutas que por negligência, imprudência ou imperícia, violam o direito de outrem.

A negligência é compreendida como “omissão de determinada conduta apta a evitar a produção do dano”²⁶¹. Ao passo que a negligência está relacionada com a desídia, a imprudência está ligada com a temeridade, ou seja, “o autor do fato age apressadamente, irrefletidamente, causando um dano que o comportamento cauteloso teria sido capaz de evitar”²⁶². Por fim, a imperícia “decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente”²⁶³.

Contudo, como destaca Sergio Cavalieri Filho, negligência, imprudência e imperícia são exteriorizações da conduta culposa, as quais exemplificam algumas

²⁶⁰ Conforme referem José de Aguiar Dias, Fernando Noronha e outros, demonstrando-se certo consenso na doutrina. De modo não exaustivo, conferir: DIAS, 1995, p. 120 e NORONHA, 2013, p. 391.

²⁶¹ CALIXTO, 2008, p. 86. Em complementação, José de Aguiar Dias observa que a “*negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento*” (DIAS, 1995, p. 120).

²⁶² CALIXTO, 2008, p. 91. Como complementa José de Aguiar Dias, “*consiste a imprudência da precipitação no procedimento considerado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos*” (DIAS, 1995, p. 120).

²⁶³ CAVALIERI FILHO, 2023, p. 50.

formas de ocorrência de conduta culposa²⁶⁴. No entanto, não impedem que se observe a manifestação da culpa por outras formas, pois “são todas formas desse elemento essencial: a falta de diligência, a falta de prevenção, falta de cuidado”²⁶⁵⁻²⁶⁶.

Dessa forma, a análise da conduta culposa não se restringe a essas hipóteses, mas deve ser vista como conduta que viola dever de diligência.

Outro desdobramento da adoção da culpa normativa é a possibilidade de referir à figura da culpa presumida. Nela opera-se um deslocamento do ônus da prova²⁶⁷, de modo que caberia ao demandado demonstrar o cumprimento do dever de diligência.

A culpa presumida, conforme mencionado anteriormente, foi um mecanismo utilizado pela doutrina e jurisprudência para contornar as dificuldades de atribuição de responsabilidade em casos de acidentes decorrentes da industrialização da sociedade. Era uma forma de manter o regime tradicional de aferição da culpa, porém, com a redistribuição do ônus da prova.

Essa presunção é *iuris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. Nesses casos, o demandante não precisa demonstrar a conduta culposa do agente. Ao contrário, cabe ao demandado provar que agiu com todos os cuidados exigíveis, embora sem a necessidade de comprovar que o fato decorreu de caso fortuito ou força maior²⁶⁸ para se liberar da responsabilização.

Embora a presunção da culpa enfrente críticas, por ter sido uma solução intermediária e se tratar de degrau na transição para o reconhecimento da

²⁶⁴ CAVALIERI FILHO, 2023, p. 50.

²⁶⁵ DIAS, 1995, p. 120.

²⁶⁶ Inclusive é com base nessa constatação que Judith Martins-Costa sugere que essas hipóteses possam ser reunidas sob um único conceito, “*Por isto entendemos possam ser as três hipóteses reconduzidas ao conceito de negligência, pois tanto a ação imprudente quanto a imperita revelam, no fundo, a violação de um dever de cuidado ou diligência, refletindo o desleixo, a imprevidência, que caracterizam a negligência*” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 191).

²⁶⁷ DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 5-6 e SCHREIBER, 2009, p. 31-34.

²⁶⁸ NORONHA, 2011, p. 7.

responsabilidade objetiva²⁶⁹, ela ainda se mostra presente e útil em alguns contextos, especialmente no que concerne a LGPD.

Na prática, a culpa é uma avaliação da conduta do agente, aferindo se ele agiu de maneira prudente, diligente e com perícia, afastando qualquer censurabilidade de sua atuação ou, se em sua inação, descumpriu dever legal.

Relacionando essa ideia à LGPD, é possível identificar hipóteses em que a aferição da culpa se manifesta dentro do regime de responsabilidade referente à proteção de dados pessoais.

O primeiro momento está relacionado ao princípio da *accountability*, segundo o qual o agente de tratamento deve adotar medidas de segurança adequadas e ser capaz de demonstrar conformidade com a legislação. Essa avaliação sobre a conduta envolve verificar se as medidas postas em prática foram suficientes para garantir a segurança dos dados e a conformidade com as normas legais.

Assim, essa análise de conformidade não se alinha totalmente à ideia de responsabilidade civil objetiva, pois exige uma avaliação da conduta do agente de tratamento, não bastando a relação de causalidade entre fato e dano para ensejar a responsabilização.

Em outras palavras, ao avaliar se as medidas empreendidas para tornar a atividade mais segura foram adotadas e se são proporcionais e suficientes em relação ao tratamento desenvolvido, o que se analisa, efetivamente, é a conduta do agente de tratamento.

De maneira ainda mais precisa, a conduta sob análise não se trata de uma ação de quem trata dados, mas sim, como conceitua Marcelo Junqueira Calixto, de uma

²⁶⁹ “Não confundimos, pelo menos propositadamente, os casos de responsabilidade objetiva com os de presunção de culpa. Na realidade, como já tivemos ocasião de dizer, o expediente da presunção de culpa é, embora não o confessem os subjetivistas, mero reconhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo. Teoricamente, porém, observa-se a distinção, motivo por que só incluímos como casos de responsabilidade objetiva os que são confessadamente filiados a esse sistema” (DIAS, 1995, p. 84).

“omissão na ação”²⁷⁰. Isto é, a negligência culposa resulta de uma omissão do agente, o qual, ao iniciar uma atividade, não teria tomado os cuidados necessários para diminuir efeitos danosos ou evitar a ocorrência de danos.

Nesses casos, o agente de tratamento não apenas deve ser capaz de demonstrar sua adequação à lei, mas que as medidas adotadas foram suficientes e compatíveis com a atividade desenvolvida. Além disso, em situações em que o titular de dados enfrenta hipossuficiência para produzir a prova ou se mostra excessivamente onerosa, permite-se a inversão do ônus da prova em favor do titular. Isso significa que caberá ao agente de tratamento comprovar que suas práticas foram adequadas e que não houve descumprimento das obrigações legais, o que demonstra a sinergia deste dispositivo com o princípio da *accountability*.

Esses elementos evidenciam o ressurgimento da culpa nas situações de tratamento de dados pessoais, sobretudo em um contexto que exige constante avaliação das condutas do agente e de sua conformidade com a LGPD.

No entanto, há outro nexo de imputação de responsabilidade: o risco. Como mencionado anteriormente, o regime de responsabilidade objetiva dispensa a análise da conduta culposa do agente. Nesse regime, a conduta do agente não é avaliada em comparação a um padrão de comportamento esperado, basta que seja antijurídica, ou seja, contrária ao ordenamento jurídico. Assim, é suficiente para configurar a responsabilidade a existência de um nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Dessa forma, a teoria do risco resume-se na ideia que “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem causou o risco, independentemente de ter ou não agido com culpa”²⁷¹.

²⁷⁰ “Afirma-se, assim, que a negligência é de fácil percepção na responsabilidade contratual, uma vez que esta apresenta uma série de deveres positivos que, violados, traduzem a culpa contratual do ofensor. Na responsabilidade extracontratual, ao contrário, dificilmente são constatados tais deveres, e a culpa se traduz mais por uma ação do que por uma omissão (por exemplo, a ocorrência do dano seria a violação do dever negativo de ‘não lesar’). Desta forma, a negligência culposa seria mais facilmente encontrada na ‘omissão na ação’, ou seja, na hipótese em que o agente, tendo iniciado alguma atividade, não toma os cuidados necessários para diminuir os efeitos danoso ou evitar a ocorrência de danos” (CALIXTO, 2008, p. 87-88).

²⁷¹ “Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas conceberam a teoria do risco, que pode ser assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem causou o risco, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, aquele que materialmente causou o dano. O que importa, como assinalou Saleilles, é a criação do risco” (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 10)

Sob a noção de risco conceberam-se diversas teorias para explicar e preencher o conteúdo desse conceito, por exemplo, as teorias do risco-proveito, do risco criado, do risco de empresa ou profissional²⁷², do risco integral²⁷³, do risco mitigado²⁷⁴, do

²⁷² “Diz-se que quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo, inclusive danos causados por empregados ou prepostos” (ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. **Responsabilidade Civil: teoria geral**. Indaiatuba: Editora Foco, 2024, p. 1099).

²⁷³ “De acordo com ela, há obrigação de indenizar mesmo quando inexistente nexo causal, isto é, nas hipóteses de caso fortuito e de força maior, fato exclusivo da vítima e de terceiro. Bastaria, para configurar a referida responsabilidade, o dano e a atividade perigosa” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Parsons, Reale e as estruturas sociais – o conceito de atividade geradora de risco na cláusula geral de responsabilidade objetiva do código civil*. In SIMÃO, José Fernando; PAVINATTO, Tiago. **Liber Amicorum Teresa Ancona Lopez**: Estudos sobre Responsabilidade Civil. São Paulo: Almedina Brasil, 2021, p. 279).

²⁷⁴ “A unanimidade inicial em torno da teoria do risco veio, progressivamente, dar lugar a discussões mais sofisticadas, com diversos desdobramentos [...] 73. Em apertada síntese, a teoria do risco-proveito impõe que quem extrai proveito de certa atividade responda também pelos riscos que ela traz; a teoria do risco criado abstrai a noção de proveito e considera como fundamento da responsabilidade a simples atividade criadora de risco; a teoria do risco de empresa implica esta mesma idéia à atividade empresarial, considerando-lhe inerentes certos riscos; a teoria do risco integral introduz, a rigor, uma classificação relativa à extensão da responsabilidade (sendo integral ou mitado o risco, conforme se admita ou não a exclusão de responsabilidade por caso fortuito ou força maior)” (SCHREIBER, 2009, p. 28 e nota de rodapé 73, p. 28-29).

risco excepcional²⁷⁵, do risco administrativo²⁷⁶, do risco de desenvolvimento²⁷⁷ e do risco informacional²⁷⁸.

Nesse sentido, o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil estabelece que haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo agente implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem.

²⁷⁵ “Para os adeptos da teoria do risco excepcional, a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa a atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. A título de exemplo, podem ser lembrados os casos de rede elétrica de alta tensão, exploração de energia nuclear, materiais radioativos etc. Em razão dos riscos excepcionais que essas atividades submetem os membros da coletividade de modo geral, resulta para aqueles que as exploram o dever de indenizar, independente da indagação de culpa” (CAVALIERI FILHO, 2023, p. 210).

²⁷⁶ “São essencialmente três os riscos de atividade (cf. art. 927, parágrafo único) que fundamentam a responsabilidade objetiva: o risco de empresa, o risco administrativo e o risco-perigo. Esses riscos podem ser sintetizados dizendo-se que quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços, deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo, inclusive os danos causados por empregados e prepostos; que a pessoa jurídica pública responsável, na prossecução do bem comum, por uma certa atividade, deve assumir a obrigação de indenizar particulares que porventura venham a ser lesados, para que os danos sofridos por estes sejam redistribuídos pela coletividade beneficiada; que quem se beneficia com uma atividade lícita e que seja potencialmente perigosa (para outras pessoas ou para o meio ambiente), deve arcar com eventuais consequências danosas” (NORONHA, 2013, p. 509).

²⁷⁷ “[...] Podem ser compreendidos como os riscos não cognoscíveis pelo mais avançado estado da ciência e da técnica, no momento da introdução do produto no mercado ou do término da prestação de serviço, e que só vêm a ser descobertos mais tarde, por força do avanço científico. São, em suma, riscos que só o desenvolvimento científico será capaz de, eventualmente, confirmar” (ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 1114).

²⁷⁸ Embora não seja consagrado na doutrina a proposição é inovadora e guarda relação com o tema desenvolvido neste trabalho, ainda que não seja a posição adotada, considerou-se oportuna a menção: “Dessa forma, considerou-se como objeto do risco informacional o risco de interferência indevida à autodeterminação informativa, bem como o risco às liberdades civis e aos direitos fundamentais dos titulares, o que se verifica pela potencialidade de discriminação ou estigmatização de titulares por usos indevidos ou abusivos de seus dados pessoais” (PAGANELLA, 2022, p. 159).

Portanto, para além das hipóteses previstas em lei, foi prevista uma cláusula aberta de responsabilidade objetiva em razão do risco de determinadas atividades²⁷⁹.

Houve discussão na doutrina a qual tipo de risco se refere o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil²⁸⁰.

Conforme destaca João Quinelato de Queiroz, a previsão da responsabilidade objetiva, por um lado, busca facilitar a indenização da vítima, especialmente quando a demonstração de culpa impunha um ônus excessivo. Por outro lado, a incerteza sobre o que caracteriza uma atividade de risco gerou inquietação na doutrina²⁸¹.

²⁷⁹ O parágrafo único do art. 927 do CC é, com frequência, mencionado como cláusula geral. Contudo, as cláusulas gerais não possuem a definição prévia de suas consequências, situação que ocorre no referido artigo. Assim, possivelmente, trata-se de outro tipo de cláusula de abertura do sistema, mais especificamente, a cláusula aberta por meio da figura do conceito jurídico indeterminado. Nesse último caso, a norma também é constituída de linguagem vaga e imprecisa no que diz respeito ao conceito jurídico, entretanto, as consequências jurídicas já se encontram na norma. Como precisamente aborda Judith Martins-Costa sobre a cláusula geral: *“Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”*. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 303). Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, a mesma autora destaca que “[...] tanto como nas cláusulas gerais, nos conceitos jurídicos indeterminados também se poderá ver, como traços característicos, alto grau de vagueza semântica e o reenvio a standards valorativos extra-sistemáticos. [...] Ocorre que os conceitos formados por termos indeterminados integram, sempre, a descrição do “fato” em exame com vistas à aplicação do direito. Embora permitam, por sua vagueza semântica, abertura às mudanças de valorações (inclusive as valorações semânticas) – devendo, por isso, o aplicador do direito averiguar quais são as conotações adequadas e as concepções éticas efetivamente vigentes, de modo a determiná-los in concreto de forma apta –, a verdade é que, por se integrarem na descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Por essa razão, “uma vez estabelecida, in concreto, a coincidência ou a não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada”. O caso é, pois, de subsunção. Não haverá, aí, “criação do direito” por parte do juiz, mas apenas interpretação. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 325-326). Em síntese, embora a cláusula geral contenha conceitos jurídicos indeterminados, uma não se confunde na outra, pois, na primeira, a atuação do juiz inclui, também, a criação da consequência jurídica. *“Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo implicam que ao juiz seja dado tão-somente o poder de estabelecer o significado do denunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas, por igual, criando direito, ao completar a fattispecie e ao determinar ou graduar as consequências”* (MARTINS-COSTA, 2000, p. 330).

²⁸⁰ Para uma análise mais detalhada, conferir: SCHREIBER, 2009, p. 21-28 e QUEIROZ, João Quinelato de. **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**: critérios de imputação objetiva. Thomson Reuters Brasil: São Paulo, 2024, p. 52-65.

²⁸¹ QUEIROZ, 2024, p. 52.

Como analisa o referido autor, mesmo entre os defensores da teoria do risco adotada pelo Código Civil, havia divergências sobre sua concepção específica.

Parte da doutrina sustentava que o Código Civil adota a teoria do risco-proveito, segundo a qual o regime de responsabilidade objetiva recai sobre aquele que desenvolve uma atividade que lhe gere lucros ou benefícios²⁸².

Desse modo, aquele que obtém o proveito da atividade se onera com a obrigação de indenizar as vítimas que sofrerem danos em decorrência dela. Nessa perspectiva, quem cria os riscos e deles extrai vantagens deve ser objetivamente responsabilizado pelos prejuízos causados.

Por outro lado, outra parcela da doutrina defendia que foi adotado no Código Civil a teoria do risco criado, que impõe a responsabilidade objetiva a quem desenvolve a atividade que expõe terceiros a riscos, independentemente de haver lucro ou benefício. A justificativa para essa posição é que a teoria do risco-proveito inclui um requisito (o proveito ou lucro da atividade) que não foi expressamente determinado pelo legislador, o que restringe o alcance da responsabilidade objetiva estabelecida na lei.

Prevaleceu na doutrina o consenso que foi adotado no Código Civil a teoria do risco criado como fundamento para a responsabilidade objetiva²⁸³. Contudo, em áreas específicas, a responsabilidade objetiva baseia-se em outras teorias do risco, como a aplicação da teoria do risco integral nos casos de danos ambientais.²⁸⁴.

²⁸² “De acordo com essa teoria, só há obrigação de indenizar quando o agente colhe os proveitos da atividade perigosa (*ubi emolumentum, ibi onus*)” (MARINO, 2021. p. 279).

²⁸³ Conforme referem DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 168; STOCO, 2015, p. 258 e MARINO, 2021, p. 279.

²⁸⁴ “[...] A teoria do risco integral constitui uma modalidade extremada da teoria do risco em que o nexo causal é fortalecido de modo a não ser rompido pelo implemento das causas que normalmente o abalariam (v.g. culpa da vítima; fato de terceiro, força maior). Essa modalidade é excepcional, sendo fundamento para hipóteses legais em que o risco ensejado pela atividade econômica também é extremado, como ocorre com o dano nuclear (art. 21, XXIII, “c”, da CF e Lei 6.453/1977). O mesmo ocorre com o dano ambiental (art. 225, caput e § 3º, da CF e art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981), em face da crescente preocupação com o meio ambiente. Nesse mesmo sentido, extrai-se da doutrina que, na responsabilidade civil pelo dano ambiental, não são aceitas as excludentes de fato de terceiro, de culpa da vítima, de caso fortuito ou de força maior” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.373.788/SP**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma. Julgado em 06 mai. 2014).

Entende-se que o risco deve decorrer da própria natureza da atividade²⁸⁵. Em outras palavras, o risco é “inerente não à forma de exercer mas à própria atividade”, ou seja, é a “atividade de risco” e não o “risco de uma atividade”²⁸⁶.

Contudo, a referida cláusula aberta ainda enfrenta uma série de complexidades. Por exemplo, persistem dúvidas quanto aos conceitos indeterminados de “atividade” e “normalmente desenvolvida”, além da definição do tipo de risco criado que estaria abrangido pela cláusula. Também se questiona se o risco da atividade implica necessariamente a existência de algum nível de perigo.

A respeito dessas questões, a resposta permanece incerta.

O próprio dispositivo legal refere à “atividade normalmente desenvolvida”, o que indica a habitualidade e a reiteração da conduta para determinado fim. Ao que é acrescentado por parte da doutrina a necessidade da forma profissional ou empresarial²⁸⁷, ao passo que há quem entenda que a forma de organização da atividade é indiferente²⁸⁸.

Sobre a fonte do risco, há divergência se a atividade desenvolvida deve ser perigosa, isto é, possui um potencial ofensivo elevado de causar danos que lhe é

²⁸⁵ Os enunciados das jornadas de Direito Civil dão indicativos a respeito. O Enunciado 38 da I Jornada de Direito Civil: “A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”. O Enunciado 448 da V Jornada de Direito Civil “A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência”.

²⁸⁶ STOCO, 2015, p. 258.

²⁸⁷ “Aqui não se tem em conta a conduta individual, isolada, mas sim a atividade como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos” (CAVALIERI FILHO, 2023, p. 250).

²⁸⁸ “Outra abordagem tem se fundado na exigência de que a atividade de risco se mostre organizada sob a forma de empresa, o que tampouco encontra respaldo na redação do dispositivo, que, ao contrário, se refere às atividades que causam risco aos direitos de outrem “por sua natureza” – e não por sua forma de organização. Esta interpretação, que restringe a incidência do parágrafo único do art. 927 às atividades empresariais parece contrariar, também, o próprio sistema instalado pela codificação, que já conta com norma especificamente dirigida, a responsabilidade de empresário (art. 931)” (SCHREIBER, 2009, p. 24). No mesmo sentido, “Parece assistir razão a Caio Mário, quando este assevera ter o Código Civil adotado a teoria do risco criado. De fato, se houvesse a intenção de restringir a atividade geradora de risco àquelas econômicas ou empresariais, semelhante restrição deveria ter sido expressamente incluída. Na ausência dela, ao intérprete não é dado circunscrever indevidamente a cláusula geral do art. 927, parágrafo único, postulando novo requisito, a saber, que a atividade seja profissional, empresarial ou dela o agente do dano retire algum proveito” (MARINO, 2021, p. 279).

indissociável²⁸⁹, provável e verdadeiro perigo de dano²⁹⁰. Por outro lado, há quem defenda que a potencialidade de risco não se confunde com a periculosidade²⁹¹.

Como conclui João Quinelato de Queiroz, as teorias do risco e critérios apresentado pela doutrina são insuficientes ou defasados²⁹², uma vez que possuem baixa densidade normativa e alto grau de abstração²⁹³. Dessa forma, a generalização e abstração dificultam a aplicação da cláusula aberta pelo intérprete.

Sob a perspectiva das novas tecnologias e da responsabilidade civil, o problema se agrava diante da crescente complexidade técnica das atividades. A abstração da noção de risco, ou mesmo a aplicação da teoria do risco criado em uma sociedade altamente tecnológica, na qual as atividades econômicas invariavelmente apresentam algum grau de risco, poderia levar à atribuição genérica do regime de responsabilidade objetiva a qualquer atividade potencialmente arriscada. Como consequência, além de impossibilitar a categorização precisa do grau de risco

²⁸⁹ “Exige-se, ainda, que, ademais de ser um risco embutido e, portanto, inerente, seja também especial e anormal. Traduz o que se pode chamar de risco da atividade perigosa” (STOCO, 2015, p. 258-259). No mesmo sentido: “Diante de todo o exposto, a conclusão mais razoável parecer ser a de que a cláusula geral de responsabilidade objetiva dirige-se simplesmente às atividades perigosas, ou seja, às atividades que apresentam um grau de risco elevado seja porque se centram sobre bens intrinsecamente danosos (como material radioativo, explosivos, armas de fogo etc.), seja porque empregam métodos de alto potencial lesivo (como o controle de recursos hídricos, manipulação de energia nuclear etc.)” (SCHREIBER, 2009, p. 25).

²⁹⁰ “Contesta-se, habitualmente, que qualquer atividade humana importa, em alguma proporção, risco aos direitos alheios. A crítica, puramente formal, demonstra apenas que o legislador pretendeu, obviamente, referir-se às atividades que tragam risco elevado, risco provável, verdadeiro perigo de dano – o que, sem embargo do esclarecimento, não soluciona todas as dúvidas suscitadas pela expressão” (SCHREIBER, 2009, p. 23-24).

²⁹¹ “Parte da doutrina se inclina no sentido de que a atividade que dá origem à responsabilidade objetiva é apenas aquela que contém intensa possibilidade de dano [...]. Não nos parece o melhor entendimento uma vez que adotá-lo significa regredir à teoria do risco excepcional. [...] Em nosso entender, enquadra-se no parágrafo único do art. 927 do Código Civil toda atividade que contenha risco inerente, excepcional ou não, desde que intrínseco, atado à sua própria natureza” (CAVALIERI FILHO, 2023, p. 251-252). No mesmo sentido: “Aliás, não se pode confundir o risco inerente a certa atividade com o “perigo” à exposição a essa atividade. Elevada danosidade não é consequência obrigatória da periculosidade de uma atividade [...] o que avulta não é a periculosidade dos meios empregados pelo agente, mas a potencialidade lesiva de sua atividade” (ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 1093).

²⁹² Como destaca o autor, “a teoria do risco criado pode ter sido útil há décadas passadas quando o grau de complexidade técnica de atividades produtivas ainda não era extremamente sofisticado ou, ainda, quando as preocupações da doutrina se lançavam sobre atividades menos complexas – como a condução de veículos automotores (QUEIROZ, 2024, p. 58).

²⁹³ QUEIROZ, 2024, p. 65.

associado a cada atividade²⁹⁴, isso poderia culminar na inaplicabilidade da responsabilidade subjetiva, dada a sua inutilidade.

Outra conclusão é que a incidência do regime de responsabilidade objetivo, fundado no risco da atividade, depende de uma análise pelo julgador, que ocorre somente após a produção do dano e vinculada ao caso concreto. Esse juízo exige avaliação detalhada da atividade desenvolvida na situação em análise para, então, determinar se o risco criado justifica ou não a aplicação da responsabilidade objetiva.

Disso resulta o aumento da complexidade na análise a ser realizada pelo julgador, bem como aumenta a incerteza jurídica tanto para a vítima quanto para quem desenvolve a atividade. Essas circunstâncias mostram-se incompatíveis com a implementação de um sistema geral de responsabilidade civil instituído por uma lei especial destinada a um setor específico – o de tratamento de dados pessoais –, que, por sua natureza, já envolve uma ampla diversidade de atividades.

Além disso, o tratamento de dados ocorre em contextos variados, e os riscos associados podem variar significativamente conforme as circunstâncias. Assim, considerar toda e qualquer atividade que envolva dados pessoais como uma atividade

²⁹⁴ Na doutrina observam-se proposições para a aplicação de parâmetros estatísticos para classificação do risco da atividade, por exemplo, a sugestão de Anderson Schreiber *“É o que se vê, de forma emblemática na legislação previdenciária, onde o cálculo da contribuição devida por cada empresa para custeio de benefícios relacionados a acidentes de trabalho já varia conforme a classificação de risco da atividade econômica desenvolvida. Assim o art. 202 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048 de 6 de maio de 1999, estabelece o percentual de [...]”. E as diversas atividades econômicas são separadas entre esses três graus de risco na chamada CNAE – Classificação Nacional de Atividades Econômicas, listagem elaborada sob a coordenação da Secretaria da Receita Federal e a orientação técnica do IBGE, com base na análise de dados e estatísticas relativos a acidentes de trabalho naquele ramo produtivo. [...] O grau de precisão na classificação de risco consubstanciada na CNAE tende a se incrementar com a alteração trazida pelo Decreto nº 6.042, de 12 de fevereiro de 2007, que permite a redução ou o aumento das alíquotas ali previstas com base no “desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade”, aferido pelo Fator Acidentário de Prevenção – FAP. Tem-se, assim, uma variação para mais ou para menos da alíquota, buscando-se alcançar o grau de risco da própria empresa e não apenas da atividade em geral. Como se vê, no tocante às relações internas entre empregado e empresa, já existe na legislação pátria um parâmetro bastante específico para se aferir o grau de risco da atividade concretamente desenvolvida. Nada impede que uma classificação semelhante seja elaborada com base nas estatísticas de acidentes sofridos por terceiros em decorrência de cada atividade econômica para fins de aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Classificações de risco, aliás, já são desenvolvidas, com alguma frequência, por institutos ligados à prevenção de danos em áreas específicas e por seguradoras privadas como instrumento imprescindível para a sua atividade. Todos estes parâmetros podem e devem servir de auxílio ao magistrado no momento de aferir se certa atividade se configura ou não como atividade que, normalmente, traz riscos aos direitos de outrem, nos termos da nova cláusula geral do artigo 927”* (SCHREIBER, 2009, p. 27-28), em sentido semelhante: ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 1098-1099. Para uma análise crítica dessa proposta, conferir: QUEIROZ, 2024, p. 72-75.

de risco levaria a uma aplicação indiscriminada do regime de responsabilidade objetiva.

Por fim, o artigo 43 da LGPD, ao estabelecer as hipóteses de exclusão da responsabilidade, dispõe que “só não serão responsabilizados quando provarem”, ou seja, parte-se do pressuposto que os agentes são responsáveis pelo dano até que provem fato que afaste a sua responsabilidade.

Dessa forma, não se observa a adequação da noção de risco da atividade exposta na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil com o regime de responsabilidade civil previsto na LGPD, como será abordado no último tópico deste capítulo.

3.2.2 Nexo causal

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é o nexos de causalidade ou nexo causal.

Trata-se do elemento a partir do qual se analisa a conexão entre o dano sofrido pela vítima e o evento danoso. É comum tanto à responsabilidade subjetiva quanto à objetiva, o que evidencia que sua análise não recai sobre a conduta do agente, mas na relação de consequência ou decorrência entre o fato e o dano.

Conforme o artigo 927 do Código Civil aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Portanto, em regra, a obrigação de indenizar surgirá quando o dano decorrer de fato ilícito²⁹⁵, o qual deve ser entendido em sentido amplo – contrariedade ao ordenamento – causado pela conduta culposa ou pelo risco.

Sob a vigência do Código Civil de 1916, já era essa a lição de Pontes de Miranda a respeito da “causação”:

Só se indeniza o dano que é consequência do fato ilícito, ou do ato-fato ilícito, ou do ato ilícito, absoluto ou relativo, de que se irradia o dever de indenizar. O nexo causal há de ser verificado entre o fato e o dano, e não sempre entre o devedor e o dano, porque o ato ilícito não é a única fonte dos deveres de indenizar²⁹⁶.

²⁹⁵ Como mencionado anteriormente, é possível o surgimento de responsabilidade civil por ato lícito [3.2].

²⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.717, p. 265.

A análise de causalidade possibilita tanto a identificação do responsável pelo evento danoso quanto a atribuição da extensão do dano indenizável ao agente.

A respeito das funções do nexo de causalidade, destaca Gisela Sampaio da Cruz Guedes:

Na responsabilidade civil, o nexo causal cumpre, a bem da verdade, uma dupla função: (i) permite determinar a quem deve atribuir-se um resultado danoso, além de (ii) ser indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização. Com efeito, é o nexo causal que vai indicar até onde vai a responsabilidade do agente, isto é, quais consequências danosas lhe poderão ser atribuídas²⁹⁷.

As funções indicadas pela referida autora guardam relação com dupla relevância do nexo causal indicada por Cesare Salvi. Isso porque o objeto do nexo de causalidade é duplo, pois a apreciação desenvolvida ocorre tanto sobre a causalidade no fato (*causalità in fatto*) e na causalidade jurídica (*causalità giuridica*). A primeira corresponde à reconstrução dos fatos, inclusive do evento danoso, para fins de imputação da responsabilidade, ao passo que a segunda corresponde à determinação das consequências danosas que o responsável deverá indenizar²⁹⁸.

Como se nota, a análise da causalidade não ocorre só no plano jurídico. A relação de causa e efeito é verificada sob as leis naturais ou físicas, de modo a concluir se a ação ou omissão foi ou não a causa do dano. No entanto, “o Direito não é regido pelas leis físicas. Assim, além do elo naturalístico de causa e efeito, é também preciso um elo jurídico, normativo”²⁹⁹.

Dessa forma, o ordenamento jurídico qualifica e delimita o nexo causal ao definir quais elementos são relevantes para estabelecer a relação entre causa e efeito, bem como os limites dentro dos quais essa análise deve ser conduzida³⁰⁰. Desenvolve-se, portanto, uma concepção normativa de causalidade, que não se confunde com uma noção naturalista ou filosófica, pois o que interessa ao jurista é

²⁹⁷ CRUZ, 2011, p. 1168.

²⁹⁸ SALVI, 2005, p. 225-227.

²⁹⁹ CAVALIERI FILHO, 2023, p. 60.

³⁰⁰ É o que adverte Anderson Schreiber ao aludir ao risco de extrapolar os limites da análise do nexo de causalidade: “*De fato, reconhece-se, há muito, que 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 causalidade à responsabilização exige uma limitação do conceito jurídico de causa, sob pena de uma responsabilidade civil amplíssima*” (SCHREIBER, 2009, p. 53).

encontrar o conceito de causa apropriado à realização dos objetivos específicos do Direito³⁰¹.

Além disso, não basta a mera verificação de relação entre fato e dano, é necessário determinar se o dano está, efetivamente, relacionado ao fato contrário ao ordenamento jurídico (antijuridicidade ou ato ilícito em sentido amplo). Em outras palavras, constatar se sem o fato ilícito o dano teria se concretizado.

No entanto, a complexidade da realidade dificulta a reconstrução exata dos fatos e suas consequências, tendo em vista a multiplicidade de fatores e eventos interconectados.

Ante a falta de previsão do Código Civil sobre o nexo de causalidade, a doutrina e a jurisprudência adotaram, pelo menos para orientação lógica, a teoria da causalidade adequada³⁰². Referida teoria consiste no contraste entre o raciocínio *in concreto* e o raciocínio *in abstracto*, isto é, o fato deve ter sido em concreto condição necessária do dano e em abstrato uma causa apta à sua produção³⁰³.

Assim, não basta que o fato seja relacionado ao resultado (condição³⁰⁴), ele deve ter sido condição indispensável sem a qual o resultado não teria se concretizado (causa) e apto, numa análise abstrata, a causar o dano (adequação³⁰⁵). Tanto a

³⁰¹ MARTINS-COSTA, 2009, p. 196.

³⁰² “Na ausência de regra específica no Código Civil de 1916, doutrina e jurisprudência, com base na parte final do seu artigo 1.060, firmaram entendimento no sentido de adotar, em sede de responsabilidade civil a teoria da causa adequada, também chamada de causa eficiente, direta ou imediata. Qualquer um que ler esse artigo, entretanto, verá com clareza que, a rigor, nele não se cuida do nexo causal; disciplina outra matéria, na guarida do capítulo de perdas e danos. No estágio em que se encontrava a responsabilidade civil ao tempo em que foi elaborado o projeto do Código Civil revogado (final do século XIX), era compreensível que a questão do nexo causal fosse desconsiderada. Injustificável é que o novo Código Civil tenha também se omitido sobre a matéria, limitando- se a transcrever, literalmente, no seu artigo 403, a disciplina do artigo 1.060 do Código de 1916” (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 34).

³⁰³ MARTINS-COSTA, 2009, p. 203.

³⁰⁴ “Os fatores determinantes serão causas, os demais serão meras condições. Condições, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar resultado danoso. Causas do dano são apenas aquelas condições consideradas como efetivamente determinantes desse resultado. Como se vê, as causas, em sua essência não têm natureza diversa das condições – e, não obstante, são objeto de tratamento jurídico diverso. [...] Se uma pessoa é atropelada e depois sofre novo acidente quando é conduzida para o hospital, é evidente que o primeiro acidente foi a razão pela qual se fazia o transporte, mas sem que isso signifique que seja a causa do segundo acidente, ou das lesões sofridas neste” (NORONHA, 2013, p. 613).

³⁰⁵ “Sempre que o fato é próprio para causar o dano, a responsabilidade estabelece-se. Se o fato não é causalmente adequado à produção do dano, não há pensar-se em ser responsável o agente, por ato positivo ou negativo” (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.717, p. 267).

identificação da causa, quanto da adequação devem levar em consideração as circunstâncias fáticas, ou seja, a realidade em que os fatos se desenvolveram³⁰⁶.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho,

não basta que o fato (condição) tenha condicionado o resultado, no sentido de que o fato tenha sido uma condição sem a qual o resultado em espécie não teria ocorrido. É preciso que a ação, no momento que se pratica, se apresente como idônea para determiná-lo, que tenha a probabilidade de provocar o resultado³⁰⁷.

Como ulterior desenvolvimento das teorias sobre o nexo causal, acrescenta-se as contribuições de Agostinho Alvim sobre a teoria do dano direto e imediato.

Referido autor, preocupado com a possível insuficiência da teoria da causalidade adequada no que diz respeito à interrupção do nexo causal por fato não imputável a alguém (evento natural), argumentou que um fato é causa necessária de um dano quando “é a causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas”³⁰⁸.

Dessa forma, “direto e imediato significa o nexo causal *necessário*”³⁰⁹, ou seja, o dano deve ser consequência necessária do fato ilícito e somente dele deve decorrer, caso contrário teria havido a superveniência de outra causa que interrompe o nexo causal e origina outro nexo causal que absorve o anterior³¹⁰.

Contudo, Judith Martins-Costa argumenta que não há diferença fundamental entre a teoria da causa adequada (causalidade racional) e a teoria do dano direto e imediato (causalidade necessária). Principalmente pela interpretação da doutrina que

³⁰⁶ MARTINS-COSTA, 2009, p. 205. O exemplo mencionado pela autora é ilustrativo: “[...] *um susto não é causa adequada de morte, o que significa que o sobressalto ou a emoção que ele provoca não produz normalmente aquele efeito. Porém, essa afirmação não há de ser tomada em termos absolutos: se se trata de uma pessoa idosa, ou cardíaca e o mal com que se assusta é muito grande, o susto, mesmo considerado in abstracto pode ser causa adequada da morte, pois não deixa de haver a afirmação abstrata da probabilidade (ou da improbabilidade) do efeito quando se toma o fato integrado em certas circunstâncias*”.

³⁰⁷ CAVALIERI FILHO, 2023, p. 63.

³⁰⁸ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 356.

³⁰⁹ ALVIM, 1980, p. 360.

³¹⁰ ALVIM, 1980, p. 361.

a causa direta não é, obrigatoriamente, a causa mais próxima ao dano, mas, sim, a causa que necessariamente o ensejou³¹¹.

Em verdade, ambas partem de perspectivas diferentes, mas, de certo modo, fazem a mesma análise e chegam às mesmas conclusões. Isso porque “[...] não se discute deva a causa ser sempre “necessária” – e a causa é necessária justamente porque é adequada”³¹²⁻³¹³. Assim, ambas as teorias encaminham-se para uma relação de complementaridade e síntese, sendo o dano direto e imediato uma ferramenta de interpretação da causalidade adequada.

Apesar das considerações expostas, a definição da relação de causa e efeito que resultou no dano no caso concreto não é tarefa simples, especialmente no contexto da sociedade contemporânea, marcada pela complexidade tecnológica. Tecnologias refinadas, muitas vezes de difícil compreensão, aumentam as chances de confluência de diversas causas para um mesmo resultado danoso, potencializadas pela desnecessidade de presença física para participação no mesmo dano.

Se a disciplina já lidava com a dificuldade da causalidade múltipla³¹⁴, a sociedade em rede possivelmente não simplifica o trabalho. Por essa razão, as

³¹¹ “As críticas da Teoria do Dano Direto e Imediato voltam-se, fundamentalmente, ao fato de obstar a indenização de danos indiretos, como ocorre no chamado “dano por ricochete”. Para fazer frente a essa questão, a doutrina postula uma interpretação que distinga entre “causa direta” e “causa mais próxima”. A causa direta e imediata nem sempre seria a mais próxima do dano, mas, sim, aquela que necessariamente o ensejou. Não é a distância temporal entre a inexecução e o dano que rompe o nexo causal, embora a maior distância dificulte relacionar o dano com a causa, sendo o mais relevante estabelecer a proximidade lógica (e não meramente temporal) entre o dano e a sua causa” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 214). Interpretação que parece de acordo com a proposição de Agostinho Alvim: “[...] os danos diretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis” (ALVIM, 1980, p. 370).

³¹² MARTINS-COSTA, 2009, p. 214-215.

³¹³ “É de se afirmar que as duas teorias analisadas propõem enfoques distintos sobre o mesmo conceito de nexo de causalidade. Com efeito, acreditamos que a teoria da causa direta e imediata se ocupa, com maior profundidade, em estabelecer as hipóteses de incidência das “causas estranhas” à ação ou omissão do agente, constituídas pelos fatos de terceiro, fatos da vítima e pelas categorias de caso fortuito e força maior” (PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 43).

³¹⁴ “A teoria do nexo causal, como acentuamos, encerra muitas dificuldades. A razão disto está em que a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil, dado o aparecimento de concausas, que podem ser sucessivas – danos sucessivos, o último dos quais só se explica pelos seus antecedentes; ou, concomitantes – um só dano, ocasionado por mais de uma causa” (ALVIM, 1980, p. 343). No mesmo sentido e mais recentemente: “[...] as maiores dificuldades que se impõem em matéria de nexo causal estão intimamente vinculadas às hipóteses de causalidade múltipla, normalmente denominadas de concausas” (PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 27).

concepções sobre a multiplicidade de causas e a interrupção do nexo causal tornam-se ainda mais relevantes.

Nessas circunstâncias, a pluralidade de condutas pode atuar de forma conjunta e adequada para a produção de um dano, ou seja, mais de uma condição pode se transformar em causa, ou causas, do dano. Isso não implica, necessariamente, na convergência de intenções entre os agentes para a produção do resultado. Pelo contrário, cada agente pode ter atuado de maneira independente em relação aos demais. Assim, todos os atos podem ser considerados causais, seja de forma conjunta ou isolada, sem afastar de nenhum deles a obrigação de indenizar³¹⁵.

Sobre essas possibilidades, Pontes de Miranda especificava a respeito da cooperação para o mesmo resultado, que “há concausação quando duas ou mais pessoas concorrem para o mesmo resultado. Os responsáveis são co-autores, porque houve concausas, e não uma causa só, ou pluralidade de causas para resultados diferentes, que deram ensejo ao dano”³¹⁶.

Nesse caso, duas ou mais causas, que individualmente não seriam suficientes, atuam conjuntamente para produzir o mesmo dano. Os agentes são coautores, pois suas condutas combinadas resultaram no prejuízo.

Também conforme o referido autor, há causas concorrentes quando “a causa *a* seria suficiente para exsurgir o dano *d*, bem assim a causa *b*; mas acontece que houve as causas *a* e *b*”³¹⁷.

Essa hipótese trata da situação em que duas ou mais causas, cada uma individualmente suficiente, concorrem para produzir o mesmo dano. A existência de uma causa não exclui a responsabilidade da outra, sendo ambas determinantes. Ou seja, os agentes não são coautores, pois cada um produziu parte do dano, mas cada um responderá proporcionalmente a sua participação no dano.

³¹⁵ “Se dois ou mais de dois atos causam o dano (concorrência de causas) e nenhum deles o produziria sozinho, há concorrência necessária e todos os atos são causais. Se qualquer dos atos concorrentes bastaria para causar o dano, todos os agentes respondem. Idem, se não se pode saber ao certo qual o ato que determinou o dano” (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.717 p. 269). Cada situação corresponde, respectivamente, ao que Pontes de Miranda define como concausas, causas concorrentes e causas alternativas.

³¹⁶ PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.718, p. 274.

³¹⁷ PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.718, p. 274.

Ainda Pontes de Miranda, há causalidade alternativa quando “o dano pode ter sido causado e o foi pelo ato de A ou pelo ato de B, sem se poder determinar, com certeza, qual dos dois o causou”³¹⁸.

Ou seja, sobre essa última possibilidade, o dano pode ter sido causado por uma de duas ou mais causas possíveis, mas não é possível determinar com certeza qual delas efetivamente gerou o resultado. Nesse caso, a dúvida não afastaria a responsabilidade de ambos³¹⁹.

A solução adotada no Código Civil para a pluralidade de causas foi a solidariedade dos agentes na obrigação de indenizar, de modo a privilegiar a reparação da vítima.

Nesse sentido, o artigo 942 do Código Civil não distingue os agentes em face da vítima e estabelece que “[...] se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Assim, para as circunstâncias em que há concausa (coautoria entre os agentes), concorrência de causas (convergência de causas para um dano) ou causa alternativa (os dois agentes podem ter causado o dano) todos responderão integralmente pelo dano. A justificativa é que basta que cada um tenha efetivamente

³¹⁸ PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.718, p. 274.

³¹⁹ Pontes de Miranda observa que para essa situação haveria duas soluções de técnica legislativa, a primeira é que ante a incerteza do causador do dano, nenhum poderia ser responsabilizado. A segunda é reconhecer que os fatos se apresentam como um todo e por essa razão seriam responsáveis qualquer dos agentes (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.718, p. 274). O CC aparenta ter adotado a segunda posição (**CC. Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido**). A favor da primeira solução, Fernando Noronha argumenta que: “o problema da causalidade alternativa é sério, porque, como sabemos, o ônus da prova do nexo causal cabe ao lesado, uma vez que se trata de fato constitutivo do direito deste (CPC, art. 333, I) [atual art. 373, I do CPC/2015]. Por isso, em caso de dúvida, haverá que decidir contra ele, ressalvadas as hipóteses em que tiver a seu favor uma presunção legal ou em que se beneficiar de inversão do ônus da prova” (NORONHA, 2013, p. 682).

dado causa ao resultado³²⁰ ou “não se pode saber ao certo qual o ato que determinou o dano”³²¹.

A distinção na causa torna-se relevante em eventual exercício de direito de regresso entre os agentes, a fim de estabelecer a proporção da responsabilidade de cada um no dano. Nas palavras de Judith Martins-Costa:

na relação externa (dos causadores do dano relativamente à vítima) não se indaga sobre quem é “mais” ou “menos” responsável. Porém, na relação interna (entre os concausadores do dano), quando do exercício do direito de regresso, deve-se buscar estabelecer a medida de responsabilidade de cada um, conforme determinado pelo nexo causal, pois este é o elemento determinante da “participação” do agente, vale dizer, da maior eficácia causal na produção do dano³²².

Em síntese, qualquer que seja a terminologia ou teoria adotadas, a pluralidade de causas significa que o dano é resultado de várias causas dotadas de especial relevância. Desse modo, uma condição concorre – ou seja, se une – para a produção do dano com a conduta inicialmente considerada causadora, ampliando ou modificando o curso normal do processo causal iniciado³²³.

As múltiplas causas podem ser “preexistentes, concomitantes ou supervenientes, conforme já existam ou venham a surgir antes, junto ou após a causa atribuída ao agente”³²⁴.

Essas causas interdependes – relacionadas, mas independentes entre si – que se somam para a produção de um resultado que não seria obtido sem a intercorrência

³²⁰ “Para a configuração da solidariedade na obrigação de indenizar não se faz necessário o concerto prévio entre os responsáveis, sequer a unidade de elemento subjetivo (que cada um tenha agido com culpa); bastará a relação de causalidade, isto é, que cada um tenha efetivamente dado causa ao resultado. [...] O que justifica o regime da solidariedade, principalmente no caso de obrigação de indenizar, é o empenho de facilitar a exigência da indenização e de acautelar a vítima contra o risco da insolvência de algum dos obrigados. Cada um dos agentes que concorrem adequadamente para o evento é considerado pessoalmente causador do dano e, conseqüentemente, obrigado a indenizar. Em face do lesado, quer haja causas cumulativas, quer haja subsequência de causas ou mera coincidência de causas, qualquer dos responsáveis é obrigado a reparar o dano. [...] Nesse sentido, o dispositivo [art. 942 do CC] é muito claro ao dispor que, sendo a ofensa oriunda de mais de um autor, “todos responderão solidariamente pela reparação”, com o que a investida do lesado pode ser feita contra qualquer daqueles que solidariamente respondem pela obrigação de indenizar” (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 351-352).

³²¹ PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.717, p. 269.

³²² MARTINS-COSTA, 2009, p. 510.

³²³ ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 973-974.

³²⁴ ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 974.

de cada uma delas induz a solidariedade quando atribuídas a diferentes pessoas³²⁵, conforme o artigo 942 do Código Civil.

Contudo, a intervenção externa no nexo causal pode ser tão intensa que provoque sua interrupção, afastando a responsabilidade do agente que, a princípio, aparentava ser o responsável pelo dano.

Essa intervenção externa são causas independentes da conduta do agente e, portanto, se tornam elas próprias como causas do dano. Como consequência, exoneram da responsabilidade em razão da exclusão da causalidade entre o dano e a conduta ou atividade atribuída ao agente³²⁶.

Dessa forma, para que ocorra a interrupção do nexo de causalidade, é indispensável a existência de um vínculo causal entre um primeiro fato e o dano, seguido pela superveniência de um segundo fato relativamente independente³²⁷ do primeiro. Esse segundo fato, que não contribui para a intensificação do primeiro, é, por si só, a causa do dano. Sendo a causa mais próxima e direta, estabelece um novo nexo causal, afastando o anterior³²⁸.

³²⁵ ROSENVALD, NETTO, 2024, p. 974.

³²⁶ ROSENVALD, NETTO, 2024, p. 974.

³²⁷ Relativamente independente porque, caso haja uma relação de absoluta independência entre o primeiro e o segundo fato, não sealaria em interrupção do nexo causal, “*mas de outra (completamente nova) relação causal*” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 512, nota de rodapé 139).

³²⁸ “São pressupostos da interrupção do nexo causal: a) a existência de um nexo de causalidade entre o primeiro fato e o dano, nexo, esse, a ser interrompido pelo segundo fato; b) que o segundo fato seja relativamente independente do primeiro, no sentido de não ser a sua consequência necessária; e c) que o segundo fato tenha provocado o efeito de modo relativamente independente do primeiro, de tal maneira que este não tenha favorecido a eficácia causal daquele, isto é, que o dano possa ser atribuído tão-somente à eficácia causal do segundo fato, e não a do primeiro fato pois a regra é: a causa mais próxima afasta a mais remota, a superveniência de causa relativamente independente constituindo fator obstativo da imputação, pois se forma, então, um novo nexo causal que absorve o primeiro. Por sua preponderância sobre as condições anteriores, às quais está ligada de modo relativo, anova condição (“nova causa”) absorve o processo de causalidade no qual interfere” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 512-513).

São hipóteses de interrupção do nexo causal o fato exclusivo da vítima³²⁹, o fato exclusivo de terceiro ou o caso fortuito ou força maior.

No fato exclusivo da vítima, a causa do dano é atribuível somente a ela, pois foi sua própria conduta que causou o dano. A vítima concorre para a concretização do evento danoso, de modo que “o aparente causador direto do dano, é mero instrumento do acidente”³³⁰.

O fato exclusivo de terceiro é a atuação de alguém que não faz parte da relação jurídica estabelecida entre a vítima e suposto responsável que por si só é a causa do dano. Dessa maneira, o terceiro é “[...] qualquer pessoa que não guarde nenhum vínculo jurídico com o aparente responsável, cuja conduta tenha sido a causa exclusiva do resultado lesivo, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima”³³¹.

Por fim, o caso fortuito ou força maior, tratados sem distinção³³², remetem à noção de inevitabilidade de um evento não imputável ao responsável (fato necessário) que causa o dano³³³. Ou seja, é “[...] algo exterior à relação jurídica contratual que sobrevém e se impõe a seu curso. É um evento necessário, pois externo e alheio à

³²⁹ Apesar do dispositivo do art. 945 do CC referir-se à “concorrência da culpa da vítima”, aqui adere-se à crítica de Pontes de Miranda, Sergio Cavalieri Filho e Judith Martins-Costa, dentre outros, que embora seja consagrado o uso do termo “culpa exclusiva da vítima”, não há que se falar em compensação de culpas dentro do nexo causal, o que ocorre é a concorrência de causas. *“Preliminarmente, é de afastar-se o conceito, que turvou a investigação e perturba a discussão, ainda hoje, de compensação de culpas. Culpas não se compensam. O ato do ofendido é concausa, ou aumentou o dano. Trata-se de saber até onde, em se tratando de concausa, responde o agente, ou como se há de separar do importe o excesso, isto é, o que tocara ao que fez maior o dano, que, aí, é o ofendido”* (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.721, p. 281). *“A vítima concorre com sua conduta para o evento juntamente com aquele que é apontado como único causador do dano”* (CAVALIERI FILHO, 2023, p. 72) e MARTINS-COSTA, 2009, p. 508.

³³⁰ CAVALIERI FILHO, 2023, p. 87.

³³¹ CAVALIERI FILHO, 2023, p. 88.

³³² *“Na sistemática do Código Civil, prepondera largamente opinião de haver indistinção entre as expressões “caso fortuito” e “força maior”, tratados como equivalentes no artigo 393 do Código Civil. Ressalvadas as exceções da legislação especial, não há diferença quanto aos efeitos provenientes do caso fortuito ou da força maior, razão pela qual não haveria sentido prático distingui-los”* (LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. As consequências da pandemia e o caso fortuito ou força maior. In: ANASTASIA, Antonio; TOFFOLI, Dias; TEBET, Simone (Org.). **Comentários ao REJET (Lei 14.010/2020) pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 142).

³³³ MARTINS-COSTA, 2009, p. 290.

esfera de controle dos contraentes, e inevitável, irresistível, pois as partes contratuais nada podem ou poderiam fazer para evitá-lo”³³⁴.

No que concerne à LGPD, os agentes de tratamento de dados são responsabilizados conforme a atuação de cada um.

Como mencionado anteriormente [3.1], o controlador é figura de grande relevância na relação de tratamento de dados pessoais, pois é ele que toma as principais decisões relativas ao tratamento de dados. A título de exemplo, cabe a ele escolher quais dados pessoais serão coletados, estabelecer as finalidades e os meios pelos quais o tratamento será realizado e, eventualmente, contratar um operador para delegação do processamento de dados.

O operador, por sua vez, atua em nome e sob as orientações do controlador, conforme disposto nos artigos 5º, VI e VII, e 39 da LGPD³³⁵. Para tanto, deve respeitar os limites das instruções recebidas, sem prejuízo de verificar se tais orientações estão em conformidade com a LGPD. Além disso, o operador deve, dentro de sua esfera de atuação, cumprir os deveres que a legislação lhe impõe.

Portanto, em razão do poder de decisão, o controlador desempenha papel central no tratamento de dados pessoais e, conseqüentemente, é o agente mais suscetível a ser acionado judicialmente.

Embora a posição de controlador e operador possa ser estabelecida de forma contratual entre eles, a definição das posições depende de uma análise com base em uma operação de tratamento específica³³⁶.

Assim, ainda que as posições possam ser definidas contratualmente, a distinção entre controlador e operador é observada faticamente, em relação à operação de tratamento sob análise, uma vez que essas funções não são estáticas.

³³⁴ LEONARDO; RODRIGUES JR., 2021, p. 142.

³³⁵ **LGPD. Art. 5º. VI** - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; **VII** - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. **Art. 39.** O operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria.

³³⁶ “17. A identificação do controlador deve partir do conceito legal e dos parâmetros auxiliares indicados neste Guia, sempre considerando o contexto fático e as circunstâncias relevantes do caso. O papel de controlador pode decorrer expressamente de obrigações estipuladas em instrumentos legais e regulamentares ou em contrato firmado entre as partes. Não obstante, a efetiva atividade desempenhada por uma organização pode se distanciar do que estabelecem as disposições jurídicas formais, razão pela qual é de suma importância avaliar se o suposto controlador é, de fato, o responsável pelas principais decisões relativas ao tratamento” (ANPD, 2022, p. 8).

Isso porque, um agente pode ser considerado controlador em uma operação, quando define as finalidades e os meios do tratamento, mas pode atuar como operador em outra, ao realizar o tratamento sob as instruções de outro controlador.

Ou, ainda, em uma situação concreta e disfuncional, o operador pode ter assumido funções típicas do controlador, como a determinação das finalidades do tratamento³³⁷, mesmo que as disposições contratuais tenham estabelecido diversamente as posições na operação de tratamento. Nesse caso, o operador será equiparado ao controlador.

Por isso a importância de determinar quem detém o controle efetivo das decisões naquela situação³³⁸.

Essa dinâmica ressalta a importância de compreender a relação analisada, pois isso impacta diretamente na distribuição das responsabilidades e define a quem o titular dos dados deve se dirigir para o exercício de seus direitos³³⁹, administrativa ou judicialmente.

A definição de quem provocou o dano ao realizar atividade de tratamento é, por si só, um desafio no âmbito da proteção de dados pessoais. Além disso, a demonstração do nexo de causalidade entre uma operação de tratamento e o dano apresenta uma dificuldade adicional: determinar qual incidente de segurança deu

³³⁷ É ao que corresponde a noção de decisões relativas aos “elementos essenciais” do tratamento de dados, que cabe exclusivamente ao controlador, por exemplo, a finalidade do tratamento, natureza dos dados tratados e a duração do tratamento, além de outros elementos peculiares ao caso concreto. Em outras palavras, o controlador define o “porquê” e o “para quê”, ao passo que o operador define o “como”. O operador também toma decisões dentro de seu âmbito de atuação, porém, elas se limitam a “elementos não essenciais”: “O segundo ponto relevante é a desnecessidade de que todas as decisões sejam tomadas pelo controlador, bastando apenas que este mantenha sob sua influência e controle as principais decisões, isto é, aquelas relativas aos elementos essenciais para o cumprimento da finalidade do tratamento. De fato, especialmente quando há a contratação de um operador, é usual e legítimo que parte das decisões a respeito do tratamento, limitadas aos seus elementos não essenciais, fique sob a alçada do operador. A título de exemplo, podem ser mencionados a escolha dos softwares e equipamentos que serão utilizados e o detalhamento de medidas de prevenção e segurança” (ANPD, 2022, p. 11).

³³⁸ “Em primeiro lugar, resulta do exposto que a noção de controller é uma noção dinâmica, que não se deixa aprisionar por determinações abstratas formuladas a priori, antes procurando espelhar o efetivo controle de facto sobre as finalidades e os meios de tratamento de dados” (BARBOSA, Mafalda Miranda. Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil. **Revista de Direito Comercial**, 2018, p. 443-444. Disponível em: <https://www.revistadedireitocomercial.com/data-controllers-e-data-processors>. Acesso em: 8 jan. 2025).

³³⁹ **LGPD. Art. 18.** O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: [...] **§ 1º** O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional.

origem ao dano. Essa tarefa pode se tornar ainda mais complexa quando os mesmos dados pessoais são submetidos a diversas operações de tratamento, que ocorrem de forma simultânea ou não, e que estão relacionadas entre si ou não.

Nessas circunstâncias, se o agente de tratamento cumpriu o dever legal de comunicar o incidente de segurança à ANPD³⁴⁰, o estabelecimento da relação causal tende a ser menos complexo. No entanto, se essa comunicação não foi realizada ou haja um cenário de múltiplos incidentes de segurança envolvendo os mesmos dados, a identificação da relação causal torna-se significativamente mais desafiadora.

A constatação das distinções entre as posições de controlador e operador, bem como os deveres específicos atribuídos a cada um pela LGPD, conduz à conclusão de que suas responsabilidades serão distintas³⁴¹.

Dessa forma, cada agente de tratamento será responsabilizado individualmente dentro de sua esfera de atuação.

Ao introduzir as regras de imputação de responsabilidade na LGPD, o artigo 42 reforça a conclusão de que não há um regime geral de responsabilidade solidária entre os agentes de tratamento³⁴². Referido artigo menciona que “o controlador *ou* o operador” que causar danos em razão da atividade de tratamento de dados pessoais

³⁴⁰ **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.*

³⁴¹ Também nesse sentido: “[...] a LGPD reserva obrigações específicas a cada um dos agentes de tratamento. Ou seja, controlador e operador deverão atuar dentro de suas respectivas atribuições, o que, naturalmente, conferirá a eles responsabilidades distintas” (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade civil dos agentes de tratamento. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Boas (Orgs.). **Compliance e políticas de proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 758). E: “são essas, aliás as duas únicas hipóteses de solidariedade previstas na LGPD, que não tem a solidariedade como regra” (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, p. 477).

³⁴² **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. § 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados: I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei; II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.*

será obrigado a repará-lo. Nesse caso, a conjunção alternativa “ou” expressa a ideia de escolha, de modo que a solidariedade não pode ser presumida³⁴³.

Nesse sentido, os incisos do parágrafo primeiro especificam três hipóteses em que haverá a solidariedade entre agentes de tratamento.

As duas primeiras hipóteses estão previstas no artigo 42, § 1º, inciso I, da LGPD. Nelas, o operador responderá solidariamente com o controlador pelos danos causados quando descumprir a legislação de proteção de dados pessoais ou deixar de seguir as instruções lícitas do controlador.

Sobre a primeira hipótese, o operador também tem o dever de adotar medidas que garantam a segurança do processamento dos dados. Outra consideração, contudo, é que a observância da LGPD implica no dever de o operador recusar o cumprimento de instruções ilícitas designadas pelo controlador.

Um exemplo disso seria realizar o processamento de dados para finalidades ilícitas ou com bases legais inadequadas, como em hipóteses em que o consentimento do titular é exigido, mas não foi devidamente fornecido.

A respeito da segunda hipótese de solidariedade, o operador que extrapola os limites estabelecidos pelo controlador é equiparado³⁴⁴ à condição de controlador em relação ao tratamento posterior que excede sua delegação inicial. Essa equiparação ocorre, por exemplo, quando o operador determina uma nova finalidade – função exclusiva do controlador –, assumindo, assim, responsabilidades próprias de quem detém poder de decisão sobre os elementos essenciais do tratamento. Por esse motivo, será também responsabilizado como controlador.

Assim, o operador de dados responde solidariamente com o controlador de dados nas seguintes situações: 1) quando descumprir a legislação de proteção de dados pessoais e 2) quando não seguir ou extrapolar as instruções lícitas fornecidas pelo controlador.

³⁴³ **CC. Art. 265.** *A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.*

³⁴⁴ O termo equiparação não seria totalmente adequado pelo fato da atuação ter tornado o operador um controlador nessa nova operação. Nesse sentido: “*Advirta-se que seria impróprio compreender, no predicado “por equiparação” contido na fórmula da lei, que não se estaria a tratar de um genuíno controlador. Afinal, o tratamento realizado fora das instruções constitui uma operação distinta e autônoma, que é merecedora de uma própria qualificação em relação ao tratamento originariamente concebido*” (ALMEIDA, Bruno Costa de. **Causalidade no incidente de violação da segurança do dado pessoal**. 2023. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023, p. 79, nota de rodapé 250).

Por fim, a terceira hipótese de solidariedade está prevista no artigo 42, § 1º, inciso II. Nela, é reconhecida a possibilidade de haver mais de um controlador em uma operação de dados³⁴⁵, configurando a hipótese de controladoria conjunta³⁴⁶. Nesse caso, os controladores, ao determinarem conjuntamente as finalidades e os meios do tratamento, respondem solidariamente pelos danos causados.

Além das hipóteses de solidariedade previstas na LGPD, aplicam-se também as disposições do artigo 942, segunda parte do *caput* e do parágrafo único, do Código Civil³⁴⁷⁻³⁴⁸, que preveem a responsabilidade conjunta dos causadores do dano, bem como de determinadas pessoas em razão de uma relação específica.

³⁴⁵ A LGPD não previu expressamente a controladoria conjunta, contudo, esse conceito foi introduzido de maneira indireta a partir do termo “controladores” utilizado pelo art. 42, § 1º, II, da LGPD. Como bem analisa Bruno Costa de Almeida: *“Em relação ao conceito da controladoria conjunta, o primeiro relance verifica que a LGPD não acrescentou ao rol do art. 5º um inciso especificamente dedicado a definir o fenômeno da controladoria conjunta. Essa observação não induz compreensão como carência de receptividade no ordenamento, muito ao contrário, como esclarece a ANPD no exercício de suas atribuições institucionais, a enunciação no art. 42, §1º, inc. II de que “os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente” permite inferir que o fenômeno da controladoria conjunta está contemplado no sistema jurídico”* (ALMEIDA, 2023, p. 82-83).

³⁴⁶ A controladoria conjunta se caracteriza pela divisão por mais de um controlador do poder de decisão sobre os elementos essenciais do tratamento, como orienta a ANPD: *“48. Assim, ao adaptar a concepção europeia para o cenário da LGPD, pode-se entender o conceito de controladoria conjunta como “a determinação conjunta, comum ou convergente, por dois ou mais controladores, das finalidades e dos elementos essenciais para a realização do tratamento de dados pessoais, por meio de acordo que estabeleça as respectivas responsabilidades quanto ao cumprimento da LGPD”* (ANDP, 2022, p. 14).

³⁴⁷ **CC. Art. 942.** Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. **Parágrafo único.** São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932. **Art. 932.** São também responsáveis pela reparação civil: [...] III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

³⁴⁸ A interpretação é compartilhada por: ALMEIDA, 2023, p. 105, nota de rodapé 324, 129, 134-135; e TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 760.

A solidariedade entre os agentes pode ocorrer tanto pela convergência subjetiva e objetiva (concausa), quanto só pela convergência objetiva (concorrências de causas)³⁴⁹.

Assim, se o controlador e o operador atuaram conjuntamente para a ocorrência do dano, de modo que as condutas de ambos foram determinantes para a concretização do dano (causa adequada), responderão solidariamente.

Por sua vez, a hipótese de solidariedade do parágrafo único do artigo 942 do Código Civil, que se cumula com os artigos 932, III, e 933, prevê a responsabilização pelo fato de outrem por conta da relação de dependência ou sujeição.

Nesse caso, haveria a responsabilização do controlador por atos praticados pelo operador. Ou seja, estende-se a responsabilidade do operador ao controlador, dado que aquele age em nome e sob as ordens deste, caracterizando uma relação de sujeição às decisões e à autoridade de quem detém o poder de determinar os elementos essenciais da operação de tratamento³⁵⁰. A norma encontraria aplicação, especialmente, quando o operador seguir orientações do controlador que aparentavam ser lícitas, mas não o eram, uma vez que causaram danos ao titular.

A solução privilegia a proteção do titular de dados. Em eventual demanda judicial, o titular poderá demandar ambos ou qualquer um deles individualmente. Isso porque, exigir que o titular identifique de antemão o responsável específico por determinada operação em uma complexa cadeia da atividade de tratamento seria muito dificultoso e prejudicaria o direito à reparação pelos danos sofridos. Por isso, a

³⁴⁹ “[...] embora a hipótese mais corriqueira de aplicação do art. 942 do Código Civil seja a de coautoria, em que há convergência subjetiva e objetiva na produção do dano – ou seja, autor e coautor agem (ou se omitem), de forma coordenada, para a produção do dano, há casos na jurisprudência em que o suporte fático de incidência do referido dispositivo é preenchido em situações de mera convergência objetiva, em que dois agentes não “combinaram” previamente a ação (ou a omissão), mas, apesar da falta de coordenação, a conduta de ambos leva à produção do mesmo resultado danoso” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Na pauta do STJ: solidariedade, regresso e causalidade**. In: AGIRE. Direito Privado em Ação, nº 70, 2023, n.p. Disponível em: <https://agiredireitoprivado.substack.com/publish/post/129247909>. Acesso em 10 jan. 2025).

³⁵⁰ “Esse laço de subordinação é também encontrado na delegação que um controlador faz a agente externo aos seus quadros empresariais, na atribuição voluntária e ocasional da execução operacional de uma ou mais das atividades que compreendam o tratamento que se propôs a fazer perante o titular do dado pessoal, na exata medida em que a atribuição dessa execução é circunscrita a instruções que especificam uma certa finalidade em obediência aos princípios cardeais da limitação das finalidades e da minimização do tratamento: não é consentido ao operador ir além das instruções para tratar os dados em vista de outros fins. Daí por que a relação constituída pelo negócio jurídico de delegação, no que se fia na subserviência a instruções, compreende também uma relação de preposição entre o controlador e aquele agente de quem se serve para realizar o tratamento em seu nome (i.e., operador)” (ALMEIDA, 2023, p. 141).

solidariedade entre controlador e operador, prevista na legislação, assegura a efetiva reparação do titular de dados³⁵¹.

Conforme exposto, na relação externa que se estabelece entre agentes de tratamento (controlador e operador) e titular de dados, há diversas situações em que os agentes respondem solidariamente pelos danos causados. No entanto, na relação interna entre controlador e operador, é possível a ação de regresso³⁵², permitindo que aquele que reparou integralmente o titular busque o ressarcimento dos demais causadores do dano. Nesse segundo momento, será apurada a efetiva participação de cada agente na produção do evento danoso para a finalidade de estabelecer em que medida cada um foi responsável pelo dano³⁵³.

Por fim, considerando que há fatos externos à atividade de tratamento de dados que podem influenciar a imputação de responsabilidade, a LGPD prevê hipóteses nas quais haverá a exclusão de responsabilidade.

³⁵¹ Giusella Finocchiaro reforça a necessidade de se garantir a reparação do dano sofrido no caso de tratamento de dados pessoais em massa por meio de inteligência artificial, situação que envolve uma complexa cadeia de tratamento e diversos envolvidos. Eventual discussão entre controladores e operadores, em que cada um buscará se eximir da responsabilidade e atribui-la ao outro, não deve se tornar um obstáculo à reparação da vítima: *“Em outras palavras, não é relevante quem erra, e a investigação a respeito do dano é atividade custosa e dispendiosa que é passível de ser superada. É necessário, ao invés, prever mecanismos de alocação do custo do dano causado naqueles sujeitos que abstratamente poderiam ser responsáveis, por exemplo, mediante a constituição de um fundo que seria usado, prescindindo da identificação das modalidades do incidente ou do dano. Mecanismo análogo foi previsto no setor dos cartões de crédito para o caso de clonagem ou furto. Um dos objetivos desejados com esse tipo de sistema de alocação do risco é imediatamente evidente e é aquele de assegurar aos potenciais usuários o fato de que, a prescindir dos resultados de uma custosa investigação a respeito do dano, serão ressarcidos”* (FINOCCHIARO, Giusella. POLLA, Rafael Montilla (trad.). *Inteligência artificial e proteção de dados pessoais*. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 36, n. 10, p. 211-229, 2023, p. 226).

³⁵² Tanto em razão do art. 934 do CC (*“Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”*) quanto pelo art. 42, § 4º, da LGPD (*“§ 4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso”*).

³⁵³ Cabe ressaltar que tal avaliação se trata da participação de cada agente no nexo causal, o que não se confunde com a verificação da “parcela de culpa” de cada um. Nesse sentido: *“Culpa não se confunde com causalidade e, em rigor, não deveria ser usada como medida de indenização, papel muito mais afeito ao nexo de causalidade. Perante a vítima (relação externa), os corresponsáveis pelo dano são solidariamente responsáveis, mas, nas suas relações internas, é a eficácia causal de cada conduta para a produção do dano, e não o grau de culpa, que deveria definir as parcelas do prejuízo que ficarão por conta de cada agente ofensor, já que à responsabilidade civil não cabe punir ofensores. Subsidiariamente, quando não for possível definir o grau de contribuição na produção do resultado de cada agente, o sistema da paridade viria à tona para distribuir o prejuízo em partes iguais”* (GUEDES, 2023, n.p.).

O artigo 43 dispõe que não serão responsabilizados os agentes de tratamento que comprovarem: (1) a inexistência do tratamento de dados pessoais que lhes foi atribuído, (2) a ausência de violação à legislação de proteção de dados mesmo quando realizaram o tratamento ou, ainda, que (3) o dano decorreu exclusivamente de culpa do titular dos dados ou de terceiro.

Observe-se que a primeira e a terceira hipótese referem-se a situações em que o nexo causal entre a conduta do agente e o dano é interrompido, motivo pelo qual não há responsabilização.

Por outro lado, como já mencionado, a segunda hipótese está relacionada à culpa do agente. Nesse caso, ainda que se reconheça a existência do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, o ponto de análise recai sobre a adequação da conduta do agente para prevenir o dano, ou seja, se foram cumpridos os deveres impostos pela LGPD e adotadas todas as medidas de segurança recomendadas³⁵⁴.

No que diz respeito ao nexo de causalidade, a primeira hipótese, de inexistência de tratamento de dados pelos agentes de tratamento, refere-se à delimitação subjetiva da atribuição de responsabilidade. Nesse caso, o dano atribuído aos agentes não pode ser reconduzido a eles, pois não realizaram o tratamento de dados que provocou o dano. Assim, não se estabelece a relação de causa e efeito entre a atividade desenvolvida pelo agente de tratamento e o dano sofrido pela vítima.

Já a terceira hipótese trata da intervenção de fatores externos que rompem o nexo de causalidade entre o tratamento de dados desenvolvido e o dano. A interrupção pode decorrer da atuação da própria vítima ou de terceiro que não possui qualquer participação na relação jurídica estabelecida.

Um exemplo de interrupção do nexo causal por fato exclusivo da vítima seria a situação em que os agentes de tratamento adotaram medidas de segurança adequadas e disponibilizaram ferramentas de proteção ao titular. Contudo, o titular, voluntariamente ou mediante fraude³⁵⁵, fornece suas informações ou as chaves de

³⁵⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Regime de responsabilidade adotado pela Lei de Proteção de Dados brasileira. In: SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscilla (Orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 178-179.

³⁵⁵ Na hipótese de a fraude praticada ter decorrido exclusivamente de fato de terceiro. Como se verá, conforme a orientação da jurisprudência, só haveria responsabilização do controlador caso o dano tivesse decorrido da atividade desenvolvida pelo o controlador/fornecedor (fortuito interno).

acesso (como nome de usuário, senha e código de autenticação em dois fatores) a outra pessoa que, a partir disso, provoca o dano. Nesse cenário, o comportamento da vítima quebra totalmente o nexo causal que vincularia o dano ao tratamento de dados realizado pelo controlador³⁵⁶.

Ainda nas ponderações sobre fato exclusivo de terceiro, pode-se pensar na hipótese em que se constata incidente de segurança por falha do sistema adotado. Mesmo nesse caso, é possível a responsabilização dos agentes de tratamento, não havendo que se falar em exclusão de responsabilidade por fato de terceiro.

Isso porque a escolha de sistema que se mostre, eventualmente, insuficiente, defeituoso ou não amplamente testado encontra-se dentro da esfera de decisões do agente de tratamento, a quem compete analisar a adequação e a segurança do sistema escolhido. Ou seja, ainda que a falha não seja diretamente atribuível aos agentes de tratamento – mas, sim, por exemplo, ao desenvolvedor do *software* de segurança da informação –, que foram aproveitadas por *hackers* (terceiros) para o vazamento de dados, subsiste a possibilidade de responsabilização.

Nesse caso, cabe ressaltar que a proteção dos dados não pode se restringir à segurança de um sistema, mas deve abranger, também, medidas organizacionais e administrativas, bem como práticas de segurança redundante, isto é, a existência de sistemas e processos duplicados ou com funções adicionais para garantir a segurança dos dados em caso de falhas em alguma das outras medidas de segurança.

Por fim, em síntese, com base na teoria da causalidade adequada e do dano direto e imediato, torna-se imprescindível identificar os agentes de uma operação de tratamento e individualizar o incidente de segurança que provocou o dano. Apenas dessa forma é possível estabelecer o nexo causal e a correta imputação da responsabilidade.

³⁵⁶ É possível, contudo, que a participação do titular seja somente parcialmente relevante para a produção do evento danoso. Por exemplo, o titular facilita suas credenciais de acesso e, por parte dos agentes de tratamento, não foram tomadas todas as medidas de segurança recomendadas, dentre elas, uma que seria suficiente para evitar o dano. Nesse caso, ainda assim haverá responsabilidade do agente de tratamento, mas a reparação do dano considerará a participação do lesado. Como ensinava Pontes de Miranda: “Se o ofendido concorreu para o dano, ou se o aumentou, a relação de causação entre o dano e o fato pelo qual outrem é responsável é apenas a do dano causado menos aquele que se liga ao ato do ofendido” (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.721, p. 283).

3.2.3 Dano

O terceiro pressuposto da responsabilidade civil é o dano, essencial e indispensável para o surgimento da obrigação de indenizar.

O desenvolvimento da responsabilidade civil, marcado pelo aumento das hipóteses de responsabilidade objetiva, trouxe impactos relevantes para o elemento dano.

Por um lado, com a perda da centralidade da análise sobre a conduta culposa do agente, o dano assumiu o papel de elemento central da responsabilidade civil, representando a transição de um modelo focado no comportamento do agente para outro centrado no prejuízo sofrido pela vítima.

Por outro lado, o dano ganha ainda mais relevância como filtro para “diferenciar os meros menoscabos sofridos pela vítima dos efetivos danos ressarcíveis”³⁵⁷.

A análise do dano está relacionada à verificação de uma lesão antijurídica³⁵⁸ causada pelo agente à esfera jurídica da vítima que origina um dever de indenizar. Portanto, o seu conceito deve ser criterioso para evitar a insegurança jurídica a partir da proliferação infundada de danos ressarcíveis³⁵⁹.

³⁵⁷ PETEFFI DA SILVA; Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 35.

³⁵⁸ NORONHA, 2013, p. 579. Judith Martins-Costa também adjetiva o pressuposto da responsabilidade civil como “dano injusto” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 166). Sob esse aspecto, a doutrina brasileira tende a uma aproximação à noção de “*danno ingiusto*” da doutrina italiana (SALVI, 2005, p. 82-89). Ou seja, o que qualifica o dano como indenizável é uma lesão a outra pessoa que não se justifica e é contrária ao ordenamento. Uma síntese sobre a noção de *danno ingiusto* no ordenamento italiano: “*In primo luogo, la qualificazione di ingiustizia, per le ragioni che si sono viste, richiede generalmente una duplice operazione: anzitutto, l'accertamento della rilevanza aquiliana dell'interesse leso, in sé considerato; poi la comparazione con l'interesse sottostante al fatto aggressivo, alla luce delle concrete modalità della lesione [...] La connotazione, che si è descritta, del procedimento valutativo dell'ingiustizia del danno viene espressa in giurisprudenza con una formula ormai costante: è ingiusto il danno che presenti la duplice caratteristica di essere non iure (ossia «proveniente da un fatto che non sia altrimenti qualificato dall'ordinamento giuridico» ovvero «in assenza di cause di giustificazione») e contra ius (ossia «prodotto da un fatto che leda una situazione giuridica riconosciuta e garantita dall'ordinamento»)*” (SALVI, 2005, p. 86-87). A respeito de causas de justificação do dano, referido autor menciona o exercício de direito (*esercizio del diritto*), a legítima defesa (*legittima difesa*) e o estado de necessidade (*stato di necessità*) (SALVI, 2005, p. 89-91). A impressão da aproximação com o conceito italiano também é notada por PETEFFI DA SILVA, 2024, p. 43.

³⁵⁹ A flexibilização do conceito de dano e os riscos da expansão e multiplicação de “novos danos” ressarcíveis já era alertada, conforme: SCHREIBER, 2009, p. 81-93.

Assim, o dano não se confunde com qualquer prejuízo, não se trata de “qualquer diminuição patrimonial e mesmo com um sentimento de dor ou menoscabo”³⁶⁰.

Nesse sentido, a doutrina tem convergido para a noção de dano como a diminuição a um interesse juridicamente protegido³⁶¹ ou a lesão a bem ou interesse juridicamente tutelado³⁶².

Surgirá a obrigação de indenizar quando for constatado um prejuízo, em sentido amplo e não só econômico, como consequência da violação de um interesse legítimo³⁶³. Assim, o dano não se confunde com a ocorrência de fato antijurídico³⁶⁴.

A relevância jurídica do interesse reside em identificar o dano como decorrência da diminuição de bem jurídico tutelado pelo ordenamento. A distinção entre o dano na

³⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **O conceito de dano na responsabilidade civil**. In: AGIRE. Direito Privado em Ação, nº 84, 2023, n.p. Disponível em: <https://agiredireitoprivado.substack.com/p/agire84>. Acesso em 13 jan. 2025.

³⁶¹ COUTINHO, Jorge Henrique Anoroza. A noção de interesse juridicamente protegido como elemento do conceito de dano na responsabilidade civil extranegocial. **Revista Fórum de Direito Civil**, v. 13, n. 35, Belo Horizonte: Fórum, 2024, p. 87.

³⁶² CAVALIERI FILHO, 2023, p. 94.

³⁶³ “[...] indispensável se faz a presença de dois elementos: um de fato e outro de direito. O primeiro se manifesta no prejuízo e o segundo, na lesão jurídica. É preciso que se evidencie que o prejuízo constitui um fato violador de um interesse jurídico tutelado do qual seja o lesado o titular” (ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 547).

³⁶⁴ O dano não se confunde com mera lesão de direito, deve haver um efetivo prejuízo sofrido pela vítima. Nesse sentido: “[...] apresentaram-se possibilidades de noções normativas de dano, afastadas de uma mera noção naturalística, mas vinculadas a um prejuízo efetivo sofrido pela vítima. Levando-se em conta o arcabouço jurídico brasileiro, examinando as normas dedicadas à responsabilidade civil, acredita-se que a noção de dano baseado em uma mera lesão de direitos (situações jurídicas), sem a presença de dano efetivo sofrido pela vítima, seria admitir um “dano anti-normativo” (PETEFFI DA SILVA, 2024, p. 96-97). Também nesse sentido, revelando certa influência da doutrina italiana ao distinguir a lesão e as consequências: “[...] dano-evento (ou dano-lesão) e dano-consequência, aquele como elemento integrante do ilícito em si, enquanto este associado ao resultado desencadeado na esfera do ofendido, cuja relevância demanda uma lesão a um interesse protegido. Isto é, em que pese a existência da lesão, eventualmente a natureza de seus efeitos não configurará um dano jurídico” (ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 549). Pela doutrina italiana: “Il ‘danno’ rivela così – a differenza che nella responsabilità penale – sotto due profili diversi: come evento lesivo, e come insieme delle conseguenze risarcibili; e per entrambi si pone un problema di riconduzione al fatto del responsabile, e quindi di nesso di causalità” (SALVI, 2005, p. 224).

linguagem leiga e o dano indenizável reside na seleção feita a partir da norma jurídica, que transforma uma parcela do fato social em situação jurídica³⁶⁵.

Como bem sintetiza Renata Steiner:

Da mesma forma que o Direito seleciona fatos relevantes à produção de efeitos jurídicos, também faz a seleção de interesses tuteláveis. Uma vez lesionados, abre-se ensejo à responsabilidade civil. Compreende-se, então, o dano como fato jurídico, sendo função da responsabilidade civil conferir uma resposta frente à sua ocorrência³⁶⁶.

A depender do bem jurídico afetado pode o dano ser de natureza patrimonial ou de natureza extrapatrimonial.

O dano patrimonial é aquele que atinge os bens integrantes do patrimônio, entendido como o conjunto de relações jurídicas apreciáveis economicamente³⁶⁷ ou, então, a “lesão a um interesse econômico”³⁶⁸. Assim, a lesão ofende a esfera

³⁶⁵ “Logo, é mister, como passo prévio à indagação sobre a existência, ou não do dever de indenizar, a verificação de ter havido, ou não interesse legítimo violado, o que determinará, inclusive, “a extensão do dano que alguém esteja obrigado a indenizar”. Só é legítimo o interesse que diga respeito a um bem jurídico tutelado pelo Ordenamento, pois “a norma jurídica seleciona uma fração do fato social para transformá-lo numa situação jurídica”. Esse é o crivo que permite discernir entre dano indenizável e dano na linguagem leiga, não se devendo admitir, ademais, como advertiu Clóvis do Couto e Silva, que o “princípio da reparação se submeta unicamente a um conceito puramente naturalista”, pois a reparação é “comandada pela norma jurídica” (MARTINS-COSTA, 2023, n.p.).

³⁶⁶ STEINER, Renata. **Interesse positivo e interesse negativo**: a reparação de danos no direito privado brasileiro. 362 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 34.

³⁶⁷ CAVALIERI FILHO, 2023, p. 94.

³⁶⁸ ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 562.

patrimonial, de bens materiais ou imateriais³⁶⁹ dotados de valor econômico ou imediatamente avaliáveis economicamente³⁷⁰⁻³⁷¹.

Por outro lado, o dano extrapatrimonial (também dito moral) não é conceito com limites bem definidos. Não se mostra suficiente a definição baseada numa relação de subsidiariedade ou de exclusão, ou seja, é dano extrapatrimonial o dano que não for patrimonial.

O dano extrapatrimonial tampouco deve ser reduzido às suas consequências, ou seja, ser definido como dor, vexame, sofrimento e humilhação³⁷²⁻³⁷³.

Nesse sentido, Judith Martins-Costa defende que o critério mais adequado para definir o dano extrapatrimonial é a partir da natureza do direito subjetivo ou da vantagem atingidos pela lesão³⁷⁴.

A autora sustenta que *“todos nós ‘somos’ alguém e ‘temos’ algo. O dano extrapatrimonial atinge o que ‘somos’; o dano patrimonial afeta o que ‘temos’”*³⁷⁵.

³⁶⁹ O dano à esfera patrimonial não necessariamente ofende algo com representação corpórea, pense-se, por exemplo, nos bens intangíveis, como a propriedade intelectual (direitos autorais e industriais). *“O dano material representa o fato lesivo à integridade ou à substância de uma coisa”* (ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 565). *“Fala-se em danos pessoais, ou à pessoa, quando são afetados valores ligados à própria pessoa do lesado, nos aspectos físico, psíquico ou moral, mesmo quando não seja caracterizável um direito de personalidade. Fala-se em danos a coisas, ou danos materiais, quando se atingem objetos do mundo externo (objetos materiais ou coisas incorpóreas)”* (NORONHA, 2013, p. 581).

³⁷⁰ MARTINS-COSTA, 2014, p. 7082.

³⁷¹ Embora escape ao objetivo da apresentação do conceito, cabe mencionar que os danos patrimoniais refletem a noção de “perdas e danos” e se dividem em algumas espécies: danos emergentes (o que foi perdido) e lucros cessantes (o que se deixou de ganhar). A esse respeito, conferir: CAVALIERI FILHO, 2023, p. 95-96 e ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 566-589. Note-se que os dois últimos autores acrescentam uma terceira espécie de dano patrimonial, a do dano econômico puro (ou dano puramente patrimonial). Por último, também é de se mencionar a responsabilidade civil por perda de uma chance, conferir: PETEFFI DA SILVA, 2013 e ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 589-606.

³⁷² CAVALIERI FILHO, 2023, p. 94. Apesar disso, é frequente a definição do dano extrapatrimonial a partir de suas consequências: *“É corriqueiro encontrar, conectadas à expressão dano moral, como se descrevessem o seu conteúdo, as palavras “frustração”, “vexame”, “humilhação”, “constrangimento”, “mal evidente”, “vergonha”, “desgosto”, “aflição”, “emoções negativas”, “desconforto”, “constrangimento”, “aborrecimento e humilhação” ou “sentimento ruim”, tomando-se por “ofensa a sentimento íntimo” o que, para o Direito, haveria de ser injusta lesão ao direito de ser respeitado e de gozar da consideração devida a todos os seres humanos”* (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7080).

³⁷³ Conforme o Enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: *“O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”*.

³⁷⁴ MARTINS-COSTA, 2014, p. 7084.

³⁷⁵ MARTINS-COSTA, 2014, p. 7082.

Assim, os danos extrapatrimoniais decorrem, principalmente, da afronta a direito da personalidade³⁷⁶, entendido de forma ampla, que abrange as dimensões do ser humano biológico, moral e social³⁷⁷. Contudo, esses bens da personalidade devem corresponder a “aspectos específicos de uma pessoa, efetivamente presentes e suscetíveis de serem desfrutados pela própria pessoa”³⁷⁸.

Além disso, o ato antijurídico que viola a esfera extrapatrimonial deve ser dotado de gravidade, sob pena de banalizar o instituto jurídico e fomentar a multiplicação de ações judiciais infundadas³⁷⁹. Isso porque a vida em sociedade, inevitavelmente, gera incômodos, irritações, contratempos e dissabores³⁸⁰.

Embora esses dissabores possam ser lesivos, não ensejam, por si só, dever de indenizar. Por essa razão, as afrontas à esfera extrapatrimonial encontram-se na complexa tensão entre “o dever de tolerância e a rejeição do abuso da tolerância alheia”³⁸¹.

³⁷⁶ Também compartilham deste entendimento, por exemplo: SCHREIBER, 2009, p. 103-104, STOCO, 2015, p. 201, CAVALIERI FILHO, 2023, p. 105-108, e ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 689-690. A posição e a crítica podem ser assim sintetizadas: “O dano moral consiste justamente na lesão da personalidade humana (Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana*, p. 182-192). Assim, a lesão a qualquer dos direitos da personalidade, sejam expressamente reconhecidos ou não pelo Código Civil, configura dano moral. A conceituação do dano moral como lesão à personalidade humana opõe-se outro entendimento bastante difundido na doutrina e jurisprudência brasileiras, segundo a qual o dano moral consistiria na ‘dor, vexame, sofrimento ou humilhação’. Tal entendimento, frequente nas nossas cortes, tem a flagrante desvantagem de deixar a configuração do dano moral ao sabor de emoções subjetivas da vítima. [...] A toda evidência, a definição do dano moral não pode depender do sofrimento, dor ou qualquer outra repercussão sentimental do fato sobre a vítima, cuja efetiva aferição, além de moralmente questionável, é faticamente impossível. A definição do dano moral como lesão a atributo da personalidade tem extrema vantagem de se concentrar sobre o objeto atingido (o interesse lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão” (SCHREIBER, 2014, p. 16-17).

³⁷⁷ MARTINS-COSTA, 2014, p. 7084-7085. A autora exemplifica como bens ligados ao ser humano biológico, a vida e a saúde; ao ser humano moral, os bens da integridade moral, intimidade, vida privada, identidade e a expressão da singularidade pessoa; e à esfera do ser humano social, os bens da boa reputação, o respeito às relações profissionais e pessoais, a não-discriminação por etnia, opção sexual, religião, educação (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7085-7087).

³⁷⁸ MARTINS-COSTA, 2014, p. 7092.

³⁷⁹ “Como se vê, a ausência de previsão no Código Civil não encerra – antes, estimula – o debate em torno do reconhecimento de “novas” esferas essenciais de realização da pessoa humana. No Brasil, empreende-se atualmente importante esforço para a construção de critérios aptos a distinguir, em meio à criatividade própria das ações judiciais, aqueles interesses que são realmente merecedores de tutela à luz do ordenamento jurídico pátrio. A iniciativa é imprescindível para evitar a banalização do instituto, que se tornou, na nossa prática judicial, o principal front de proteção da pessoa humana: a indenização por dano moral” (SCHREIBER, 2014, p. 16).

³⁸⁰ MARTINS-COSTA, 2014, 7088-7089.

³⁸¹ MARTINS-COSTA, 2014, p. 7090.

Portanto, o dano extrapatrimonial pode ser definido como o “dano produzido em virtude de ato antijurídico na esfera jurídica extrapatrimonial de outrem, seja como agravo a direito da personalidade, seja como efeito extrapatrimonial de lesão à esfera patrimonial”³⁸².

Assim, o que distingue o dano patrimonial do extrapatrimonial é a esfera pessoal afetada pelas consequências da lesão/evento danoso, uma vez que o objeto da reparação são os efeitos patrimoniais ou extrapatrimoniais concretos sobre bens jurídicos e não a lesão abstratamente considerada³⁸³.

A respeito da função do dano, reforça-se sua centralidade como pressuposto da responsabilidade civil. A partir dele é que se evidencia o rompimento do equilíbrio jurídico entre as partes, o que torna indispensável sua demonstração, caso contrário não haveria nada a ser reparado.

Por esse motivo, a análise do dano não apenas fundamenta a reparação, mas também define os limites e as modalidades da indenização, contribuindo no processo de imputação de responsabilidade.

É nessa perspectiva que se insere o princípio da reparação integral, previsto no artigo 944 do Código Civil. Conforme esse dispositivo, “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

De modo geral, busca-se a ampla proteção da pessoa lesada, garantindo que a indenização seja a mais ampla possível, de forma a restituí-la ao estado anterior ao evento danoso³⁸⁴. Portanto, a extensão do dano serve para a gradação do montante indenizatório.

³⁸² MARTINS-COSTA, 2014, p. 7091.

³⁸³ ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 690.

³⁸⁴ Entretanto, admite-se exceção à reparação integral. Prevista no art. 944, parágrafo único, do CC, autoriza-se considerar o grau de culpa para a redução da indenização em caso de excessiva desproporção ao dano causado. Contudo, essa introdução da culpa como critério gera uma intromissão indevida. A culpa não é o elemento destinado à análise da extensão do dano, cuja atribuição da extensão das consequências danosas ao responsável deve ocorrer exclusivamente por meio da análise do nexo causal. **CC. Art. 944.** *A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.*

Esse retorno ao estado anterior tem como premissa a teoria da diferença, de modo que “o dano é o que resulta da diferença entre a situação do bem *antes* do evento danoso e aquela que se verifica *após* a sua ocorrência”³⁸⁵.

No entanto, essa abordagem, adequada ao dano patrimonial, apresenta dificuldades quando aplicada ao dano extrapatrimonial.

Isso ocorre porque o dano patrimonial, em regra, possui uma extensão econômica definida, permitindo uma comparação matemática entre a situação anterior e posterior ao evento danoso. Já o dano extrapatrimonial busca compensar, seja financeiramente ou não, aspectos da própria pessoa, o que torna sua mensuração mais desafiadora³⁸⁶.

Também em razão da insuficiência da teoria da diferença, assumiu maior relevância a teoria da lesão ao interesse jurídico³⁸⁷. Essa passagem demonstra o paralelo que pode ser feito entre os conceitos de dano patrimonial e extrapatrimonial, conforme anteriormente expostos. O reconhecimento dos danos extrapatrimoniais e a aceitação da sua indenização, implicam na avaliação de danos que não possuem dimensão econômica apreciável.

Por essa razão há na doutrina proposta de distinção terminológica entre a reparação ou ressarcimento do dano patrimonial e a compensação do dano extrapatrimonial³⁸⁸⁻³⁸⁹.

No dano patrimonial, caso não seja possível “desfazer” o dano (reparação específica ou em natura³⁹⁰), a pretensão será a indenização do valor pecuniário do

³⁸⁵ MARTINS-COSTA, 2009, p. 168.

³⁸⁶ “Os danos patrimoniais, que apresentam uma dimensão econômica bem definida, não suscitam tantas dificuldades para a determinação do montante indenizatório. Já a repercussão material dos danos pessoais, como a morte e a invalidez, não é tão fácil delimitar” (CRUZ, 2011, p. 1228, nota 5).

³⁸⁷ “O que indica a noção normativa do dano, acolhida pela Teoria do Interesse é que se impõe a verificação – além da existência de dano no sentido naturalista – de haver ou não interesse legítimo violado. Daí ser o dano dimensionado em relação ao legítimo interesse daquele que sofreu o dano, interesse, contudo, estabelecido nos limites da imputação” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 169-170).

³⁸⁸ MARTINS-COSTA, 2014, p. 7074.

³⁸⁹ Outra possibilidade de definição: “Na linguagem do direito brasileiro, reparar e restituir compreendem a recomposição natural e a recomposição pelo equivalente. Indenizar, em sentido estrito, é somente prestar o equivalente. O dever de indenizar supõe ter havido dano” (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, §2.717, p. 263).

³⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, §2.722, p. 296.

dano sofrido (reparação pelo equivalente), de modo a retornar ao estado patrimonial anterior à lesão e reparar o dano.

No entanto, no dano extrapatrimonial, não se mostra efetivamente possível a restauração à situação anterior. De modo que, se não for possível a reparação específica, caberá a pretensão de reparação pelo equivalente como compensação pelo evento negativo, o que não se confunde com a reposição do bem jurídico atingido³⁹¹⁻³⁹². Surge disso a dificuldade em sua quantificação, pois é feita por meio de arbitramento sem que haja referência material³⁹³, ou seja, o valor pecuniário da compensação é valorável segundo regras jurídicas de estimação³⁹⁴⁻³⁹⁵.

Por fim, é a partir da noção de indenização dos danos causados que se reforça a função compensatória da responsabilidade civil. Sua finalidade é reparar, em sentido amplo, o dano sofrido pela vítima.

Eventual função dissuasória seria um efeito reflexo, resultado da certeza do causador do dano sobre o dever de reparação integral. Assim, a responsabilidade civil não se confunde com funções punitivas, retributivas ou preventivas. O foco está na

³⁹¹ TEPEDINO; SILVA, 2021, p. 50-51.

³⁹² “O dano material, não sendo possível o retorno ao status quo ante, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencionado, mais ou menos aleatório, mas que não pode levar a ruína aquele que paga, nem causar enriquecimento a quem recebe, ou conceder a este mais do que conseguiria amealhar com o seu próprio trabalho e esforço. Há de caracterizar-se como um mero afago, um agrado ou compensação ao ofendido, para que esqueça mais rapidamente dos aborrecimentos e dos males d'alma que suportou” (STOCO, 2015, p. 201).

³⁹³ TEPEDINO; SILVA, 2021, p. 52.

³⁹⁴ “A reposição natural é a que se teria de fazer, sendo possível. Porque não é possível é que nasce a pretensão à indenização de perdas e danos. A prestação do equivalente, id quod interest, ordinariamente em dinheiro, é imperfeita, aproximativa, mas tornou-se a mais freqüente, por mais fácil. Em sentido amplo, indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial, ou, por incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que estaria se não se houvesse produzido o fato ilícito (lato sensu) de que se irradiou o dever de indenizar. Tem-se de considerar dano o que ofende o patrimônio, ou a pessoa (corpo e psique). O que tem valor pecuniário há de ser indenizado por esse valor. Se não no tem, ou só o tem em parte, atende-se a regras jurídicas de estimação [...]” (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.717, p. 265).

³⁹⁵ Para contornar essa dificuldade e incerteza, o Poder Judiciário, especialmente na jurisprudência do STJ, tem adotado o método bifásico para quantificação do dano extrapatrimonial. Inicialmente, fixa-se um valor básico para a indenização com base no interesse jurídico lesado e em casos similares, em seguida, ajusta-se esse valor considerando as particularidades do caso concreto.

análise da dimensão do dano sofrido pela vítima e na sua reparação, e não na punição do responsável pelo dano³⁹⁶.

Tampouco se pode atribuir à responsabilidade civil uma função preventiva, sob pena de incluir nesse único instituto jurídico hipóteses diversas de tutela de interesses no âmbito do Direito Privado. Um exemplo é a tutela inibitória, que busca evitar a concretização de um dano e pode ser acompanhada da imposição de multa em caso de descumprimento³⁹⁷.

Embora haja preferência pela adoção de medidas que priorizem a prevenção e a precaução ao dano³⁹⁸, a responsabilidade civil se manifesta em um momento posterior, quando o dano já se concretizou³⁹⁹.

Conforme destaca Cesare Salvi, a responsabilidade civil é

[...] uma das técnicas de tutela civil dos interesses: é aquela que tem a função específica de assegurar, quando presentes os pressupostos normativos, a reparação do dano injusto. [...] O ressarcimento do dano e a tutela inibitória não devem ser configurados como efeitos (concorrentes ou alternativos) de uma mesma hipótese fática. Diferente é, antes de tudo, a estrutura do

³⁹⁶ “A norma [art. 944, CC] coaduna-se com o objetivo do Direito de Responsabilidade Civil que não é castigar comportamentos negligentes, mas, sim, proteger a vítima do dano injusto. Vale lembrar que, na busca da reparação integral, assistiu-se a um manifesto processo de “desculpabilização”, com o incremento das hipóteses de responsabilidade objetiva. E, graças à ideia de risco, “a política da responsabilidade desvinculou a relação de simbiose que havia entre a sanção da conduta e a proteção da vítima” (CRUZ, 2011, p. 1166-1167).

³⁹⁷ “A tutela inibitória é essencialmente preventiva, pois é sempre voltada para o futuro, destinando-se impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou continuação. [...] É preciso deixar claro que o dano é uma consequência meramente eventual do ato contrário ao direito. O dano é requisito indispensável para a configuração da obrigação ressarcitória, mas não para a constituição do ilícito. [...] É correto concluir, assim, que a tutela inibitória não tem entre seus pressupostos o dano e a culpa, limitando-se a exigir a probabilidade da prática de um ilícito, ou de sua repetição ou continuação, e a demonstração da imputação desse comportamento a alguém” (MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol. 2, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 489-490)

³⁹⁸ “Assim, enquanto a prevenção diz respeito a riscos certos e comprovados (perigo), a precaução liga-se a riscos meramente potenciais. Significa dizer, por outras palavras, que na prevenção a periculosidade já se encontra estabelecida, razão pela qual há uma probabilidade maior de ocorrer o acidente. Em razão disso, diz-se que, na prevenção, o é perigo concreto. Na precaução, ao contrário, tem-se um perigo abstrato (risco), em face da incerteza dos conhecimentos científicos que não são capazes de mensurar o possível dano” (CRUZ, Gisela Sampaio da. Prevenção (princípio da). A correlação entre o dano e a indenização. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). **Dicionário de princípios jurídicos**. São Paulo: Elsevier, 2011b, p. 1018-1019).

³⁹⁹ “Aqui é fundamental a crítica de Judith Martins-Costa, ao comentar a existência de várias formas de ilicitude sem dano indenizável, as quais, algumas vezes, podem atrair outras formas de tutela que não a indenizatória, como a tutela inibitória ou a possessória” (PETEFFI DA SILVA, 2020, p. 181). As ideias são desenvolvidas pela autora em: MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71-76.

fenômeno contra o qual esses dois remédios são dirigidos: trata-se, respectivamente, do dano, no primeiro caso, e da “violação do direito” (atual ou iminente), no segundo. [...] Essa distinção fundamenta-se em razões funcionais (justamente por constituir uma reação ao dano, a tutela aquiliana tem uma função sucessiva, “olha para o passado”, enquanto a tutela inibitória possui uma função de prevenção específica, “olha para o futuro”) e se traduz no conteúdo da tutela (condenação a ressarcir, em um caso, e a “não fazer”, no outro⁴⁰⁰.

No âmbito da proteção de dados pessoais, o artigo 42 da LGPD estabelece que o dano deve ter sido causado pelo controlador ou operador em razão da atividade de tratamento de dados pessoais e poderá ser “patrimonial, moral [extrapatrimonial], individual ou coletivo”.

Assim, o dano pode afetar tanto a esfera patrimonial quanto a extrapatrimonial. E, em consonância com a análise feita sobre a violação de deveres laterais de conduta, a lesão também pode afligir um interesse juridicamente tutelado diverso daquele relacionado à obrigação principal.

O dano decorrente da atividade de tratamento de dados pessoais pode surgir tanto do descumprimento, em sentido amplo, da obrigação principal – quando o tratamento de dados pessoais for objeto da prestação dessa obrigação –, quanto da violação de deveres laterais de conduta.

Um exemplo de dano patrimonial, em que o tratamento de dados constitui a obrigação principal, ocorre na análise para concessão de crédito. Isso pode acontecer, por exemplo, quando uma negativa de crédito ou a aplicação de juros mais altos resulta do uso de dados adquiridos de forma ilícita, dados sensíveis⁴⁰¹, incorretos ou tratados para finalidades não informadas ao titular.

⁴⁰⁰ Tradução livre de: *“una tra le tecniche di tutela civile degli interessi: quella che ha il compito specifico di assicurare, ricorrendone i presupposti normativi, la riparazione del danno ingiusto. [...] Risarcimento del danno e tutela di cessazione non vanno configurati come effetti (concorrenti o alternativi) della medesima fattispecie. Diversa è infatti, anzitutto, la struttura del fenomeno contro il quale i due rimedi sono apprestati: che è, rispettivamente, il danno, e invece la ‘violazione del diritto’ (in atto o temuta). [...] La quale si fonda su ragioni funzionali (proprio in quanto reazione al danno, la tutela aquiliana ha funzione successiva, ‘guarda al passato’, mentre quella inibitoria ha funzioni di prevenzione specifica, ‘guarda al futuro’), e si traduce nel contenuto della tutela (condanna a risarcire, in un caso, a ‘non fare’, nell’altro)”* (SALVI, 2005, p. 6-7).

⁴⁰¹ A Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011) veda expressamente a utilização de dados pessoais sensíveis para a formação de histórico de crédito: **art. 3º, § 3º. Ficam proibidas as anotações de:** [...] **II – 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.** O dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o arts. 5º, II (definição de dado pessoal sensível) e 6º, IX (proíbe o tratamento de dados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos) ambos da LGPD.

Outro exemplo em que há dano patrimonial, mas o tratamento de dados não integra a obrigação principal, é o incidente de segurança que expõe dados pessoais armazenados pelo controlador para outras finalidades, como a tutela da saúde ou o cumprimento de obrigação legal. Essa exposição pode acarretar a perda de clientes pelo titular ou o uso fraudulento de seus dados para a contratação de empréstimos bancários.

Por outro lado, há situações em que o dano não envolve lesões à esfera patrimonial e consiste a violações de direitos da personalidade, como a intimidade e a proteção de dados pessoais. Vale lembrar que a tutela dos dados pessoais vai além da segurança na sua utilização, também abrange a proteção da própria pessoa, que é representada por meio de seus dados.

Nessa linha de preocupação, as discussões sobre a discriminação algorítmica assumem especial relevância. Trata-se de situações que envolvem afirmações baseadas em estatísticas inconsistentes ou, ainda, afirmações estatisticamente corretas, mas que desconsideram o indivíduo como sujeito único, tratando-o apenas como parte de um grupo⁴⁰².

Por fim, cabe ressaltar que a identificação, no caso concreto, da ocorrência de mais de uma espécie de dano não impede que a pretensão de indenização cumule pedidos de indenização de danos patrimoniais e extrapatrimoniais⁴⁰³. Além disso,

⁴⁰² MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, nov./dez. 2019. As autoras pontuam algumas espécies de discriminação abusivas ou ilícitas: 1) discriminação por erro estatístico; 2) discriminação por generalização; 3) discriminação pelo uso de informações sensíveis; 4) discriminação limitadora do exercício de direitos (MENDES; MATTIUZZO, 2019, p. 51-53). Posteriormente o trabalho foi revisitado na seguinte obra: MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel *et al.* (Orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

⁴⁰³ Nos termos da Súmula 37 do STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

eventuais “novos danos” também estão abarcados na LGPD, pois são danos que afligem ou a esfera patrimonial ou a esfera extrapatrimonial da pessoa⁴⁰⁴.

O que é necessário ao intérprete é avaliar o impacto do tratamento de dados ilícito ou irregular na esfera jurídica do titular dos dados.

Após a análise de cada pressuposto da responsabilidade civil com alguns apontamentos relacionados à LGPD, o próximo tópico apresenta uma visão global sobre esse instituto jurídico no contexto dessa legislação.

3.3 O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD

Uma das maiores críticas dirigida à LGPD é a falta de clareza dos artigos destinados à responsabilidade e ao ressarcimento de danos (capítulo VI, seção III da lei).

⁴⁰⁴ A anunciação de novos danos, que supostamente não seriam reconduzíveis às categorias de dano patrimonial ou extrapatrimonial, decorre, possivelmente, de inadequada importação de conceitos da doutrina estrangeira, especialmente a italiana. Isso porque no ordenamento italiano a responsabilidade não-patrimonial somente encontrava amparo nos casos previstos da lei (**Código Civil Italiano. Art. 2059. *Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge***). Ou seja, tratava-se de um rol fechado de hipóteses. Para contornar a tipicidade fechada do código civil, a doutrina italiana recorreu a construções a partir da sistematização da Constituição italiana, especialmente no direito à saúde. Essas construções são incompatíveis com o ordenamento brasileiro, tendo em vista que não há rol taxativo de direitos da personalidade (atipicidade) que restrinja as situações de dano extrapatrimoniais. A respeito da crítica aos “novos danos”: “Reconhecendo-se, ao revés, que o sistema jurídico brasileiro atribuiu feição objetiva ao dano moral, associado à lesão da dignidade humana nas diversas expressões da personalidade, percebe-se a inexistência de fundamento técnico a justificar a enunciação do dano estético e do dano existencial como categorias autônomas em face do dano moral. [...] A compreensão da feição objetiva do dano moral (vinculada diretamente à tutela da dignidade da pessoa humana) vai ao encontro da percepção de que o direito positivo brasileiro consagrou a utilização de dano moral como sinônimo de dano extrapatrimonial, no sentido de categoria contraposta à do dano patrimonial. Impõe-se, assim, a superação das denominações fragmentárias, com o reconhecimento da aptidão do “dano moral, entendido como a lesão à dignidade da pessoa humana, a abarcar todos os danos extrapatrimoniais”. [...] À luz de tais considerações, pode-se afirmar que dano estético e dano existencial consistem tão somente em denominações que encurtam a referência a certas hipóteses de configuração de dano moral, por violação à dignidade humana em alguma de suas manifestações, a aconselhar a superação do tratamento fragmentário subjacente à suposta autonomia de tais figuras. Trata-se, aliás, de fenômeno similar ao que se verifica com outros chamados novos danos (como os denominados dano por rompimento do noivado, dano por infidelidade conjugal, dano à vida afetiva, dano à realização sexual e dano temporal), que guardam em comum a circunstância de traduzirem denominações que, como mencionado, simplesmente abreviam a referência a certas hipóteses lesivas” (TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o dano moral no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 30, n. 4, 2021, p. 47-50).

A ausência de previsão expressa sobre o regime de responsabilidade civil aplicável na LGPD tem gerado intensos debates na doutrina. Diversos autores, ao analisarem os artigos 42 a 45 da LGPD, adotam posições divergentes. A principal controvérsia reside em saber se foi adotado na legislação a responsabilidade civil objetiva ou subjetiva.

A coexistência da responsabilidade civil subjetiva e objetiva no ordenamento jurídico é necessária para balancear interesses em diferentes situações, sem deixar de priorizar e concretizar a proteção da vítima.

Contudo, a imposição irrestrita de responsabilidade objetiva pode, em certas situações, se mostrar desproporcional, pois transfere a obrigação de indenizar para alguém que não teve participação na ocorrência do dano ou juridicamente não pode ser considerado responsável⁴⁰⁵.

No caso da LGPD, seus fundamentos envolvem a proteção de dados pessoais, a proteção de direitos fundamentais e da personalidade, bem como o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa. Apesar do aparente antagonismo desses objetivos, não se pode afirmar que a proteção de direitos inviabiliza o desenvolvimento econômico ou que este, por sua vez, necessariamente viola direitos. O que se busca ressaltar é que a interpretação da LGPD deve promover um equilíbrio entre esses interesses.

A Lei Geral de Proteção de Dados, apesar do nome, é uma lei especial sobre dados pessoais quando observada dentro do ordenamento jurídico, mas lei geral quando observada dentro do âmbito amplíssimo do tratamento de dados pessoais.

Dessa forma, ela estabelece normas gerais comuns, não só à LGPD, mas a qualquer outra que trate de dados pessoais.

Conforme o artigo 5º, X, da LGPD, o tratamento de dado pessoal é “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”.

⁴⁰⁵ “Se, de um lado, a proteção da vítima é prioridade, de sorte que a dificuldade da prova da culpa não pode torná-la irressarcida; de outro, não se pode – invariavelmente e em qualquer circunstância – impor obrigação a quem não a deve, nem se lhe pode transferir o dever de responder por algo de que não participou, nem há razão jurídica para que seja eleito responsável através da responsabilidade objetiva e da teoria da responsabilidade peio fato de outrem” (STOCO, 2015, p. 239).

Por sua vez, conforme o artigo 5º, I, da LGPD, dado pessoal é “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Como é possível notar, tratamento de dados pessoais se refere a um conjunto bastante amplo de atividades.

Além disso, para fins de reparação do dano causado, a análise dos pressupostos da responsabilidade civil deve ser feita em conjunto com os princípios e regras estabelecidos pela LGPD.

Assim, para além do tratamento de dados com propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, assume especial relevância o contexto da operação de dados pessoais. Isso implica na análise de quais dados foram coletados para quais finalidades específicas e em qual contexto. Isso porque os dados e as informações extraídas deles são valiosas, mas devem ser processadas para um contexto específico (finalidade determinada), sob pena da sua utilização descontextualizada causar danos ao titular ou ser utilizada sem seu conhecimento⁴⁰⁶.

Aliado a isso, a operação de tratamento deve observar a boa-fé e princípios específicos, elencados no artigo 6º da LGPD. Portanto, devem ser atendidos os princípios da finalidade, adequação e necessidade, mas também há a previsão de

⁴⁰⁶ Por exemplo, a utilização de dados sobre a compra de produtos de saúde ser utilizada sem conhecimento pela pessoa ou, até mesmo, contra ela ao contratar um plano de saúde. “*Si deve tenere conto anche del “contesto delle attività”, concetto non ancorato a parametri formali, come la sede legale o l’ubicazione dei server, ma all’effettiva attività svolta e ai soggetti verso la quale essa risulta indirizzata*” (MIDIRI, 2020, p. 218). No mesmo sentido: “*É o que se chama também de princípio da não descontextualização, uma vez que os dados coletados legitimamente para uma determinada finalidade, se usados fora de contexto, podem acarretar danos à personalidade do titular*” (MENDES, 2011, p. 12). A importância do contexto em que os dados são coletados e utilizados também afetou na revisão dos princípios da OCDE, os quais possuem grande influência nas normas sobre proteção de dados ao redor do mundo: “*Because personal data is now routinely collected in many more situations and by many more organizations than were even possible in 1980, and risks are heightened in certain contexts, the revised principles are also more context sensitive*” (CATE, Fred H; CULLEN, Peter; MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Data Protection Principles for the 21st Century**: revising the 1980 OECD guidelines. Oxford: Oxford Internet Institute, 2014, p. 13).

incidência da boa-fé objetiva⁴⁰⁷⁻⁴⁰⁸ e, como consequência, seus deveres relativos aos interesses de prestação e de proteção⁴⁰⁹.

Como mencionado, a relação jurídica obrigacional direciona-se e desenvolve-se em direção ao adimplemento com a satisfação da integralidade dos interesses envolvidos, os quais, assim que satisfeitos, extinguem a obrigação. No entanto, na concepção da obrigação como processo a satisfação dos interesses de crédito não encerra a obrigação, uma vez que não são os únicos interesses relevantes⁴¹⁰⁻⁴¹¹.

Também se destacam os interesses de proteção – ou seja, não vinculados aos interesses de prestação – e que devem ser observados antes, durante e após o

⁴⁰⁷ A boa-fé objetiva diferencia-se da boa-fé subjetiva: “A boa-fé a que o Código se refere no artigo 187 não é a subjetiva, posição psicológica, intenção pura e destituída de má-fé, crença ou ignorância de uma pessoa, mas sim a boa-fé objetiva ou normativa, assim entendida a conduta adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais” (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 162). Também destacando as diferenças: “A expressão boa-fé subjetiva indica um estado de fato, traduzindo a ideia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé, razão pela qual essa acepção comumente é expressada como «agir de boa-fé», o contrário a «agir de má-fé». Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, isto é: estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios [...]” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 279).

⁴⁰⁸ “A boa-fé objetiva configura, diferentemente, uma norma jurídica. A expressão boa-fé objetiva (boa-fé normativa) designa não uma crença subjetiva, nem um estado de fato, mas aponta, concomitantemente, a: (i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas); (ii) um standard ou modelo jurídico comportamental pelo qual os participantes do tráfego obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento (standard direcionador de condutas, a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes); e (iii) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um «estado ideal de coisas»”. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 281-282).

⁴⁰⁹ “Por fim, no seu momento aplicativo a boa-fé caracteriza um instituto jurídico, uma estrutura normativa produtora de modelos prescritivos. Tem, portanto, força normativa e potencial jurisgênico. É instituto produtor de normas jurídicas, isto é, de comandos dotados de prescritividade” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 283).

⁴¹⁰ “Sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter o sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções. Se o conjunto não fosse algo de “orgânico”, diverso dos elementos ou das partes que formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido do vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura. Importa, no entanto, contrastar que, mesmo adimplido o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente” (COUTO E SILVA, 2006, p. 20).

⁴¹¹ “Como efeito da apreensão da totalidade concreta da relação obrigacional, percebe-se ser ela um vínculo dinâmico, pois se movimenta em vista de uma finalidade, desenvolvendo-se em fases distintas, a do nascimento do vínculo, do seu desenvolvimento e adimplemento. Mesmo após a extinção do vínculo, e esgotado o interesse à prestação podem, por vezes, remanescer deveres correlativos a interesses de proteção (“deveres de proteção”), gerando, quando injustamente violados, a chamada indenização pela culpa post factum finitum” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 232-233).

término da relação obrigacional⁴¹². Veja-se, nesse sentido, que os agentes de tratamento devem garantir a segurança dos dados mesmo após o término da operação de tratamento⁴¹³.

É possível, contudo, que a própria atividade de tratamento constitua a obrigação principal, ou seja, o processamento de dados pessoais para um objetivo específico constitui uma prestação de dar ou fazer, o seu descumprimento ensejará na aplicação dos remédios do inadimplemento contratual.

Ainda, pela natureza ampla da LGPD, é possível a prevalência de outras leis especiais com normas mais específicas. Por exemplo, a hipótese de utilização de inteligência artificial para a operação de tratamento, nesse caso, haverá incidência do Marco Regulatório da Inteligência Artificial (Projeto de Lei nº 2.338/2023), norma especial que define a responsabilidade civil com base em diferentes graus de risco.

Por outro lado, se não houver uso de inteligência artificial ou incidência de outra norma específica, o descumprimento deverá ser analisado conforme o regramento do Código Civil e da LGPD, bem como a natureza da esfera jurídica afetada. Em síntese, é necessário identificar se o dano é contratual ou extracontratual, e se patrimonial ou extrapatrimonial.

A partir disso, define-se se são aplicáveis as regras relativas à mora e ao inadimplemento absoluto. Ou, no caso de violação de deveres de proteção, a responsabilidade civil por danos patrimoniais e extrapatrimoniais pelo tratamento de dados contrário à LGPD, com especial atenção ao princípio da não discriminação e à falta de adoção de medidas de segurança necessárias.

⁴¹² “[...] sendo o escopo da relação obrigacional a satisfação da totalidade dos interesses envolvidos, esta não concretiza, tão somente, o “direito a pretender uma prestação”, mas engloba outros interesses, além dos interesses de prestação: assim, os interesses de proteção contra danos, para o que exsurtem deveres de proteção, apenas mediatamente ligado aos interesses de prestação. São deveres que instrumentalizam os deveres de prestação (sendo a ele imediatamente vinculados); e, ainda, direitos potestativos, ônus e expectativas legítimas, que não se confundem com direitos adquiridos ou meras legitimações, todos estando orientados finalisticamente ao adimplemento que, para ser satisfatoriamente atingido, carece de uma conduta de cooperação” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 233-234).

⁴¹³ **LGPD. Art. 47.** Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.

A responsabilidade civil dos agentes de tratamento pode resultar de ação ou de omissão⁴¹⁴. No segundo caso, seria a ausência de adoção das medidas de segurança necessárias e adequadas conforme exigido pela LGPD⁴¹⁵.

As hipóteses de responsabilidade estão dispostas nos artigos 42, *caput*, e 44:

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.

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. **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.

Conforme se observa, a responsabilidade civil dos agentes de tratamento somente se configura quando o dano resultar do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais. A violação da legislação de proteção de dados pessoais deve ser compreendida de forma ampla, isto é, abrangendo tanto o descumprimento das exigências da LGPD, quanto a operação de tratamento para fins ilícitos ou abusivos, como práticas discriminatórias (artigo 6º, IX, da LGPD).

Embora a segunda categoria (ilicitude) esteja inserida na primeira (irregularidade ou inadequação), uma vez que a discriminação ou qualquer outra ofensa a direitos humanos violam, por si, o ordenamento jurídico e, consequentemente, a legislação de proteção de dados pessoais a distinção é oportuna. Essa menção reforça a compreensão que a proteção de dados pessoais

⁴¹⁴ “A abstenção, omissão, ou ato negativo, também pode ser causa de dano. Se o ato cuja prática teria impedido, ou, pelo menos, teria grande probabilidade de impedir o dano, foi omitido, responde o omitente” (PONTES DE MIRANDA, 2012, t. XXII, § 2.720, p. 277).

⁴¹⁵ “A antijuridicidade por omissão somente poderia ser observada quando da existência da violação de um dever de ação, isto é, uma conduta devida que não se cumpriu. Ainda que se admita, como tratado acima, que esses deveres de conduta podem não estar previstos, expressamente, pelas regras jurídicas, é importante, para um mínimo de segurança jurídica, que existam parâmetros para sua definição, impedindo a generalização absoluta de um dever de atuar, pois impossível admitir que as pessoas estejam a todo o tempo obrigados a evitar qualquer tipo de dano em relação a quem quer que seja” (PETEFFI DA SILVA, 2020, p. 187-188). Também no sentido de ser necessária a existência prévia de um dever jurídico para configurar a responsabilidade civil por omissão: CAVALIERI FILHO, 2023, p. 81-83.

não se restringe à segurança dos dados, mas está vinculada à proteção da pessoa em todas as suas esferas.

Especificamente sobre a responsabilização na LGPD, o artigo 42 prevê uma hipótese ampla de responsabilidade em razão de tratamento de dados que causa dano a outrem, e não somente ao titular⁴¹⁶, que poderia ser identificada como “tratamento ilícito”. Essa hipótese reflete a máxima do *neminem laedere* que fundamenta a responsabilidade civil de modo geral. Os requisitos são o tratamento de dados e a violação à lei.

Por sua vez, o artigo 44 estabelece o “tratamento irregular” como gênero composto por duas espécies: a) violação à legislação de proteção de dados pessoais e b) violação à expectativa de segurança dos dados.

A partir da redação e organização confusa desta seção da LGPD, conclui-se que a primeira espécie reitera o conteúdo do artigo 42, o qual também deve adotar as medidas de segurança necessárias, conforme dever imposto pelo artigo 46⁴¹⁷.

Constata-se que o objetivo principal do artigo 44 era regular a segunda espécie de tratamento irregular, ou seja, os danos decorrentes da violação da segurança dos dados.

Nesse sentido, a expectativa de segurança deve ser entendida normativamente, e não conforme um sentimento subjetivo do titular de dados⁴¹⁸. Para

⁴¹⁶ A locução “causar a outrem dano” do art. 42 aponta que o dano pode afetar alguém que não o titular de dados. “[...] *citem-se os dados genéticos de duas pessoas que mantenham um grau de parentesco próximo. Como se sabe, em alguma medida, os dados genéticos de uma delas serão comuns à outra, de modo que a violação dos dados de uma também pode causar dano à outra*” (KONDER, Carlos Nelson; LIMA, Marco Antônio de Almeida. Responsabilidade civil dos advogados no tratamento de dados à luz da Lei nº 13.709/2018. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo. **Direito Civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 420).

⁴¹⁷ **LGPD. 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. § 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.*

⁴¹⁸ “Como vimos, “tratamento irregular” não é noção autônoma, e o não fornecimento da segurança que o titular pode esperar (art. 44, caput) deve coincidir com “deixar de adotar as medidas de segurança” aptas a proteger os dados pessoais (art. 44, parágrafo único, c/c art. 46, caput)” (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, p. 12).

isso, os incisos do artigo 44 fornecem balizas interpretativas para o julgador estabelecer se as medidas de segurança eram adequadas para aquela atividade de tratamento de dados, em harmonia com as disposições dos parágrafos 1º e 2º do artigo 50⁴¹⁹.

O juízo sobre a adequação das medidas de segurança deve observar: o modo pelo qual o tratamento é realizado, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam, e as técnicas de tratamento de dados pessoais e de segurança disponíveis à época em que foi realizado.

Em outras palavras, o nível de segurança e complexidade das medidas adequadas varia conforme o contexto fático de cada atividade de tratamento. Os agentes de tratamento deverão adotar as melhores técnicas disponíveis, as quais são definidas com base no tipo de dado tratado e na natureza da operação. Por exemplo, dados bancários e de saúde tratados em larga escala por grandes empresas demandam medidas de segurança mais sofisticadas do que o tratamento de dados realizado em menor escala pelo pequeno e médio empresário.

Assim, o titular é detentor de uma legítima expectativa de segurança de seus dados, a qual, no entanto, não é absoluta. Isso porque qualquer medida de segurança está sujeita a erro ou a falha, ainda que estatisticamente improvável.

Além disso, a violação da legislação e da segurança dos dados que causam danos causados estão intimamente conectados com a ocorrência de incidentes de segurança.

Apesar de a LGPD não definir expressamente o conceito de “incidente de segurança”, a leitura dos artigos 46 e 48 permite extrair o seu conteúdo:

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,

⁴¹⁹ **LGPD. Art. 50.** *Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. § 1º Ao estabelecer regras de boas práticas, o controlador e o operador levarão em consideração, em relação ao tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular. § 2º. Na aplicação dos princípios indicados nos incisos VII e VIII do caput do art. 6º desta Lei, o controlador, observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, poderá: [...]”.*

alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

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.

Ou seja, o incidente de segurança compreende o acesso não autorizado a dados pessoais e situações acidentais ou ilícitas que acarretem destruição, perda, alteração, comunicação ou outra forma de tratamento irregular/inadequado (não atende aos requisitos de legitimidade e segurança exigidos pela LGPD) ou ilícito (contrário ao ordenamento).

A ANPD, por meio da Resolução CD/ANPD nº 15/2024 (Regulamento de Comunicação de Incidente de Segurança), apresentou a seguinte definição de incidente de segurança:

Art. 3º, XII - incidente de segurança: qualquer evento adverso confirmado, relacionado à violação das propriedades de confidencialidade, integridade, disponibilidade e autenticidade da segurança de dados pessoais⁴²⁰.

Por fim, o artigo 43 estabelece a exclusão da responsabilidade quando os agentes de tratamento demonstrarem que não realizaram o tratamento de dados que lhes é atribuído; que embora tenham tratado tais dados, não houve violação à legislação ou que o dano decorreu de fato exclusivo do titular ou de terceiro⁴²¹.

Feitas essas reflexões, falta definir qual o regime de responsabilidade orienta a interpretação dos artigos mencionados. Retomando a divergência mencionada no

⁴²⁰ Também é definido o conteúdo dos termos mencionados: **Art. 3º, II - autenticidade:** *propriedade pela qual se assegura que a informação foi produzida, expedida, modificada ou destruída por uma determinada pessoa física, equipamento, sistema, órgão ou entidade; [...]* **V - confidencialidade:** *propriedade pela qual se assegura que o dado pessoal não esteja disponível ou não seja revelado a pessoas, empresas, sistemas, órgãos ou entidades não autorizados; [...]* **XI - disponibilidade:** *propriedade pela qual se assegura que o dado pessoal esteja acessível e utilizável, sob demanda, por uma pessoa natural ou determinado sistema, órgão ou entidade devidamente autorizados; [...]* **XIII - integridade:** *propriedade pela qual se assegura que o dado pessoal não foi modificado ou destruído de maneira não autorizada ou acidental* (ANPD. **Resolução CD/ANPD nº 15, de 24 de abril de 2024.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-15-de-24-de-abril-de-2024-556243024>. Acesso em: 12 ago. 2024).

⁴²¹ **LGPD. 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.*

início deste tópico, parte da doutrina entende que foi adotada a responsabilidade civil objetiva⁴²² e outra parte que defende a responsabilidade civil subjetiva⁴²³.

⁴²² Em levantamento bibliográfico, autores que entendem que foi adotada a responsabilidade objetiva: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, ano 27, p. 469-483. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez., 2018, p. 477; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. Agentes de Tratamento de Dados Pessoais (Controlador, Operador e Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais). In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 283; PAIM, Bruna Werlang; GONÇALVES, Lukas Ruthes. A responsabilidade civil no tratamento de dados pessoais pelas aplicações de inteligência artificial, p. 476. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado**. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2020; NOVAKOSKI, André Luis Mota; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. **Responsabilidade civil na LGPD: problemas e soluções**. **Conpedi Law Review**, v. 6, n. 1, 2020, p. 172; CAPANEMA, Walter Aranha. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. **Cadernos Jurídicos, São Paulo**, ano 21, n. 53, p. 163-170, 2020, p. 166; GONDIM, Glenda Gonçalves. A responsabilidade civil no uso indevido dos dados pessoais, **Revista IBERC**, v. 4, n. 1, p. 19-34, 2021, p. 27; CARDOSO, João Victor Gontijo, O dano moral 'in re ipsa' e o tratamento indevido de dados sob o prisma dos julgados: REsp 1.758.799/MG e ADI 6387 MC-REF, **Revista IBERC**, v. 4, n. 1, p. 133-153, 2021, p. 151; NUNES, Ana Luisa Tarter. O regime dual de responsabilidade civil pelo tratamento irregular de dados pessoais. In MARQUES, Claudia Lima; MARTINS, Fernando Rodrigues; MARTINS, Guilherme Magalhães; BESSA, Leonardo Roscoe. **5 anos de LGPD**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2023, posição RB-1.1. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/332868458/v1>. Acesso em: 15 jul. 2024; LONGHI, João Vitor Rozatti. Discurso de ódio (*hate speech*) e a censura reversa na internet, p. 63. In: LONGHI, João Vitor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar e REIS, Guilherme (Orgs.). **Fundamentos do Direito Digital**. Uberlândia: LAECC, 2020; PAGANELLA, Victoria Dickow. **O nexo de imputação da responsabilidade civil na proteção de dados pessoais**. Londrina: Thoth, 2022, p. 155; MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 1009, p. 173-222. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2019, p. 27.

⁴²³ Em levantamento bibliográfico, autores que entendem que foi adotada a responsabilidade subjetiva: BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (Coords.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 323; 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, p. 8; COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 180; BISNETO, Cícero Dantas. Reparação por danos morais pela violação à LGPD e ao RGPD: uma abordagem de direito comparado, **Civilistica.com**, v. 9, n. 3, p. 1-29, 2020, p. 15; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 231; TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor **Cadernos Jurídicos, São Paulo**, ano 21, n. 53, p. 97-115, 2020, p. 113; FLORENCE, Tatiana Magalhães, Apontamentos sobre a responsabilidade civil no tratamento de dados, **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 30, n. 04, p. 223-223, 2021, p. 224; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Regime de responsabilidade adotado pela Lei de Proteção de Dados brasileira. In: SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscilla (Orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 176; KONDER, Carlos Nelson; LIMA, Marco Antônio de Almeida. Responsabilidade civil dos advogados no tratamento de dados à luz da Lei nº 13.709/2018. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo. **Direito Civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 423; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas (Ed.). **Compliance e política de proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 748.

Há, ainda, aqueles que possuem uma posição própria, sugerindo que há, simultaneamente, dispositivos de responsabilidade subjetiva e objetiva ou, então, a possibilidade de ter sido adotado um regime intermediário de responsabilidade entre o subjetivo e objetivo, dita “responsabilidade proativa”⁴²⁴.

O ponto de partida para identificar qual o regime de responsabilidade é aplicável no âmbito da proteção de dados pessoais é determinar se a relação jurídica que deu origem ao dano é de consumo ou não.

Isso porque o artigo 45 destaca a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC):

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.

Como se nota, o tratamento de dados pessoais que causar danos em uma relação de consumo segue sujeito às regras de responsabilidade previstas no CDC, que devem ser interpretadas em harmonia com as disposições da LGPD, especialmente os princípios e bases legais que legitimam o tratamento de dados.

Dessa forma, nos casos de danos ao titular no contexto de uma relação de consumo, a remissão expressa do artigo 45 da LGPD ao CDC evidencia a aplicação da responsabilidade civil objetiva prevista no CDC, exceto quando a própria lei dispuser de forma diversa (artigo 14, § 4º, do CDC).

No entanto, nem toda operação de tratamento de dados pessoais ocorrerá em uma relação de consumo. Há relações que envolvem tratamento de dados pessoais, mas que não são de consumo. Aplicar-lhes as previsões do CDC não é possível e tampouco coerente com o restante do ordenamento.

⁴²⁴ Há quem defende que coexistem na LGPD hipóteses de regime subjetivo e objetivo: SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz e BIONI, Bruno (Orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Há quem defende que foi criada uma espécie intermediária de responsabilidade, dita responsabilidade proativa: BODIN DE MORAES, Maria Celina. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito proativo. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1-6, 2019; BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa. In: **Cadernos Adenauer**. Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2019, ano XX, n. 3, p. 113-135. Em trabalho posterior, João Quinelato Queiroz defende a responsabilidade proativa na LGPD, contudo, reconhece a possibilidade de ser um aprimoramento da responsabilidade subjetiva: QUEIROZ, João Quinelato de. **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**: critérios de imputação objetiva. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. 186-187.

Os exemplos a seguir são ilustrativos. Em um consultório médico são coletados, utilizados, armazenados, dentre outras operações, dados pessoais referentes aos pacientes. A finalidade desse tratamento de dados é necessária, por exemplo, para identificação do paciente, para o armazenamento e registro de prontuários de atendimento e a expedição de prescrições médicas.

Veja-se que tal situação, inclusive, é muito delicada por envolver não só dados pessoais comuns, mas também dados pessoais sensíveis referentes à saúde⁴²⁵. Essas informações são especialmente sensíveis ao indivíduo, e ainda assim não se trata de relação de consumo.

Outro exemplo é a empresa que realiza entrevistas para preencher vaga de emprego ou quando armazena dados de seus funcionários. Ela realiza tratamento dos dados pessoais daqueles que se candidatarem para a vaga, bem como de seus funcionários.

Ou seja, há relações que envolvem o tratamento de dados, mas não são relações de consumo. Não se descuida que, possivelmente, as relações de consumo sejam a maioria das relações que envolvem tratamento de dados. Talvez, inclusive, sejam a razão das recentes discussões e movimentações de legisladores e da sociedade ao redor do mundo para o surgimento de leis de proteção de dados tanto em âmbito nacional, quanto em âmbito internacional.

Entretanto, a divergência da doutrina mostra-se relevante quando se analisa a responsabilidade civil nas demais relações jurídicas que não se caracterizam como de consumo, uma vez que o legislador não especificou o tipo de responsabilidade. O tema assume especial relevância pois afeta profundamente questões de ordem prática, principalmente pela necessidade de comprovar a conduta culposa por parte dos agentes de tratamento de dados.

Em linhas gerais, a corrente que entende se tratar de responsabilidade subjetiva argumenta que não há previsão expressa de responsabilidade objetiva. Entender de forma diversa contrariaria o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que exige que *“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa,*

⁴²⁵ **LGPD. Art. 5º. [...] II - dado pessoal sensível:** *dado pessoal sobre 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.*

nos casos especificados em lei [...]”. Ao contrário do que ocorre no artigo 12 do CDC em que há previsão expressa da responsabilização “independentemente da existência de culpa”.

Outro argumento é que a estrutura da LGPD cria padrões (*standards*) esperados de condutas e deveres, portanto, não faria sentido

“[...] 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, seria ocioso criar deveres a serem seguidos, tampouco responsabilizá-los quando tiverem cumprido perfeitamente todos esses deveres”⁴²⁶.

Reforçando tal argumento é a previsão do inciso II do artigo 43 da LGPD que prevê que: “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”.

Ou seja, a análise do cumprimento das normas de proteção de dados reside na análise da conduta do agente.

Por outro lado, há a corrente que defende que a LGPD adotou o regime da responsabilidade objetiva. De maneira geral, apontam as semelhanças em dispositivos da LGPD e do CDC, inclusive nos relativos à responsabilização dos agentes de tratamento. É o caso do artigo 43, I e III, da LGPD e os artigos 12, §3º, I e III, e 14 do CDC.

Além disso, o tratamento de dados pessoais seria atividade de risco⁴²⁷. Por essa razão, apesar de não haver previsão expressa, é justificável a aplicação do regime de responsabilidade civil objetiva por força da segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: “[...] quando a atividade normalmente

⁴²⁶ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 231. No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, Responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas (Ed.). **Compliance e política de proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 748.

⁴²⁷ “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” (MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, ano 27, p. 469-483. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2018, p. 477).

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Embora ambas as correntes possuam argumentos sólidos. A análise da LGPD, de seus princípios e das transformações da responsabilidade civil, aponta para a adoção de um regime de responsabilidade subjetiva, ainda que amenizado pela presunção de culpa.

Isso se deve à estrutura normativa da LGPD estabelecer uma série de deveres que orientam a conduta dos agentes de tratamento. Esses deveres incluem a adoção de medidas de segurança, organizacionais e administrativas para garantir a do tratamento de dados. Assim, a responsabilização pelo descumprimento das normas da LGPD reside na avaliação da conduta dos agentes, especialmente no que diz respeito à adoção e adequação das medidas de segurança.

A culpa, interpretada atualmente sob um aspecto normativo, é analisada com base na violação de um dever jurídico⁴²⁸, e não sobre o estado psicológico do agente. Isso se alinha aos deveres impostos pela LGPD e ao princípio da *accountability*⁴²⁹, que exige não apenas a adoção de medidas de segurança, mas também à capacidade dos agentes de tratamento de demonstrar que tais medidas foram implementadas. Assim, a relevância desses deveres reforça que a responsabilidade civil na LGPD é fundamentada na análise da conduta dos agentes.

Desse modo, como parte da doutrina aponta, de fato, não haveria sentido estabelecer o dever de adotar uma série de condutas pelos agentes de tratamento e, no momento de se investigar a sobre a responsabilização, esses deveres não serem relevantes.

Ainda, tendo em vista as transformações da responsabilidade civil abordadas anteriormente [3.2], no ordenamento jurídico brasileiro, o regime geral de

⁴²⁸ Sob esse aspecto a LGPD evita as críticas dirigidas à análise da culpa *in abstracto* baseada nas diligências que um homem-médio adotaria. A culpa *in abstracto* e a fragmentação dos modelos de conduta esperados “*acabava por projetar um homem médio desconhecido para a média dos homens*” (SCHREIBER, 2009, p. 41-43). Defeito do qual a LGPD não padece, uma vez que prevê os princípios e medidas esperadas, bem como a atuação da ANPD não é só sancionatória, pelo contrário, em um primeiro momento é orientativa e consultiva.

⁴²⁹ É a união entre o “princípio da prestação de contas” e o “princípio da responsabilidade”. Ou seja, não se limita a cada uma desses aspectos, mas a fusão deles. Esse conceito consiste na obrigação de cumprir e comprovar o respeito dos princípios relativos ao tratamento de dados pessoais. É a síntese entre o dever de ser responsável e a evidência dessa responsabilidade (FINOCCHIARO, 2017, p. 3).

responsabilidade civil é o subjetivo, conforme o *caput* do artigo 927 do Código Civil. Excepcionalmente, aplica-se a responsabilidade objetiva quando previsto na lei ou quando a atividade desenvolvida for, por sua natureza, de risco, conforme artigo 927, parágrafo único do Código Civil⁴³⁰.

Nesse aspecto, as semelhanças com previsões do Código de Defesa do Consumidor não permitem concluir que foi adotado o regime objetivo na LGPD, o qual é expressamente previsto para as relações de consumo. Portanto, a hipótese da primeira parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil não é aplicável à LGPD.

Quanto à segunda parte do parágrafo único, tampouco é possível afirmar que toda atividade de tratamento de dados pessoais consiste em atividade de risco. O desenvolvimento de novas tecnologias e a presença cada vez maior da internet na vida das pessoas geraram novas realidades sociais, o que faz surgir novos riscos. De maneira geral, todas as atividades possuem algum grau de risco, o que varia é a probabilidade de um resultado negativo se concretizar, tanto é que foi cunhada por Ulrich Beck a expressão “sociedade de risco” para descrever a sociedade contemporânea⁴³¹.

Assim, conforme anteriormente analisado [3.2.1], o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil aplica-se à atividade de risco inerentemente perigosa, cuja potencialidade danosa independe da conduta do agente ou de qualquer outra

⁴³⁰ “Temos no Código atual um sistema de responsabilidade prevalentemente objetivo, porque esse é o sistema que foi modelado ao longo do século XX pela Constituição e leis especiais, sem exclusão, todavia, da responsabilidade subjetiva, que terá espaço sempre que não tivermos disposição legal expressa prevendo a responsabilidade objetiva. Por isso, o Código de 2002 não poderia deixar de prever uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva. E essa cláusula está no art. 927, cominado com o art. 186, no qual temos praticamente aquilo que estava no art. 159 do Código de 1916” (CAVALIERI FILHO, 2023, p. 5).

⁴³¹ “Uma das mais acentuadas características da sociedade contemporânea é o acelerado progresso tecnológico e científico. Essas descobertas e transformações visam, obviamente, melhorar a vida de todos no planeta Terra. Porém, tudo isso traz, paradoxalmente, grandes riscos e perigos para a civilização” (LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 105, p. 1223-1234, jan./fev. 2010. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67932>. Acesso em: 10 set. 2021).

circunstância externa. De maneira que a característica de risco não poderia ser eliminada, mesmo com a adoção de diligência por parte de quem a exerce⁴³²⁻⁴³³.

Embora certas atividades de tratamento de dados, como aquelas que envolvem dados sensíveis, possam ser consideradas de risco, não se pode generalizar essa característica para toda e qualquer operação de tratamento. A avaliação de risco, nesse contexto, deve ser feita no caso concreto.

Nesse aspecto, os artigos 44 e 50 da LGPD são relevantes, pois orientam a análise sobre a adequação das medidas de segurança adotadas pelos agentes de tratamento. A qual, novamente, trata-se de uma avaliação da conduta do agente e de sua capacidade de mitigar os riscos relacionados à sua atividade. Isso reforça que a análise da responsabilidade se centra na conduta do agente, e não na natureza abstrata da atividade de tratamento.

Também não foi ignorado pelo legislador as dificuldades que a responsabilidade subjetiva traz à vítima. Na LGPD, a comprovação da conduta culposa é mitigada pela presunção de culpa prevista no artigo 43.

Referido artigo ao estabelecer as hipóteses de exclusão de responsabilidade dos agentes de tratamento, estabelece que “só não serão responsabilizados quando provarem”. Ou seja, cabe aos agentes de tratamento demonstrar que não causaram o dano a eles imputado.

Outro ponto relevante, também já abordado [2.3], é o histórico de tramitação legislativa da LGPD. Durante os anos de discussão legislativa, os projetos que deram origem à lei contaram com ampla participação social, envolvendo tanto associações

⁴³² Em comentário ao parágrafo único do art. 927 do CC: “A responsabilidade prevista no dispositivo em exame é de tal abrangência que, se interpretado literalmente, todos os que exercem alguma atividade de risco passarão a responder objetivamente, até mesmo quando estivermos dirigindo o nosso veículo particular e formos envolvidos em um acidente. É que na sociedade moderna todas ou quase todas as atividades implicam algum risco. Cumpre, então, examinar os reais contornos dessa cláusula, fixando o seu verdadeiro alcance” (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 167).

⁴³³ Em análise ao semelhante art. 931 do CC, sobre o risco inerente do produto: “Aqui também tem perfeita aplicação a lição do insigne Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin sobre o risco inerente e o risco adquirido, a que já nos referimos no item 5 do artigo 927. Risco inerente ou periculosidade latente é o risco intrínseco, atado à sua própria natureza, qualidade da coisa, ou modo de funcionamento, como por exemplo, uma arma, uma faca afiada de cozinha, um veículo potente e veloz, medicamentos com contraindicação, agrotóxicos etc. Embora se mostre capaz de causar acidentes, a periculosidade desses produtos é normal e conhecida, previsível em decorrência de sua natureza, em consonância com a expectativa legítima do consumidor. Em suma, normalidade e previsibilidade são as características do risco inerente, pelo qual não responde o fornecedor por não ser defeituoso um bem ou serviço nessas condições” (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 232).

de defesa dos direitos dos titulares quanto representantes de agentes de tratamento. Durante a tramitação foram excluídas as menções a critérios de imputação objetiva de responsabilidade⁴³⁴. Além disso, o texto final não indicou, de forma expressa, a adoção de um regime de responsabilidade civil objetiva. Defender a adoção do regime objetivo desconsidera o caráter democrático das discussões e a construção coletiva da LGPD.

Dessa forma, a análise histórica, legislativa e doutrinária reforça que o regime de responsabilidade adotado pela LGPD é subjetivo, fundamentado na conduta dos agentes, equilibrado pela presunção de culpa e pela exigência de *accountability*, sempre considerando o contexto específico de cada operação de tratamento de dados.

Em síntese, caso a relação envolva uma relação de consumo, os princípios e exigências de segurança previstos na LGPD continuam aplicáveis e devem ser observados, no que forem compatíveis. Em caso de incompatibilidade, diante da remissão expressa à legislação consumerista, devem prevalecer as disposições do CDC, incluindo o regime de responsabilidade civil objetiva. Por outro lado, se não houver uma relação de consumo, aplica-se o regime de responsabilidade civil subjetiva com presunção de culpa, em conformidade com a regra geral do Código Civil e as disposições da LGPD⁴³⁵.

⁴³⁴ “Tanto a primeira versão do anteprojeto da lei de proteção de dados pessoais como a proposta legislativa do Senado Federal, expressamente adotavam um regime de responsabilidade civil objetiva. Enquanto a primeira preceituava que “o tratamento de dados [seria] uma atividade de risco”, a segunda estabelecia que os agentes da cadeia responderiam, “independentemente da existência de culpa”, pela reparação dos danos. A partir da segunda versão do anteprojeto de lei, ganhou força a opção por um regime de responsabilidade civil subjetiva. Apesar de ter sido amplamente criticada ao longo do segundo processo de consulta pública e em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados, essa escolha foi a que prevaleceu no Congresso. A redação final da LGPD eliminou os termos antes aventados – “independentemente de culpa” ou “atividade de risco” – que eliminariam a culpa como um dos pressupostos da responsabilidade civil” (BIONI; DIAS, 2020, p. 5).

⁴³⁵ “A Lei Geral de Proteção de Dados criou um sistema de responsabilidade civil compatível com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor para regular as relações jurídicas de direito privado baseadas no tratamento de dados pessoais. A despeito dos embates doutrinários, verifica-se que a Lei Geral de Proteção de Dados elegeu o sistema de responsabilidade civil subjetiva em perfeito alinhamento com o Código Civil, inserindo-se de forma harmoniosa no mosaico legislativo, o mesmo ocorrendo em relação ao Código de Defesa do Consumidor que, dado o tratamento Constitucional da defesa do consumidor, atrai para seu sistema de responsabilidade objetiva os fatos jurídicos dessa natureza” (TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 97-115, 2020, p. 113).

Conclui-se que a responsabilidade civil aplicada ao tratamento de dados pessoais, conforme disciplinada pela LGPD, é um instrumento indispensável para a proteção dos direitos dos titulares em um contexto de crescente complexidade tecnológica. A relação jurídica entre titulares e agentes de tratamento vai além das prestações contratuais, uma vez que abrange deveres de proteção que visam garantir a integridade da esfera jurídica dos titulares.

Dessa forma, a conformidade das condutas dos agentes de tratamento com a LGPD, especialmente a observância de boas práticas, é essencial para prevenir danos. Em caso de violação do direito à proteção de dados, a responsabilidade civil surge como importante mecanismo de reparação, além de incentivar a adoção de práticas éticas e seguras.

4 CASOS EMBLEMÁTICOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Neste capítulo, propõe-se analisar e colocar em perspectiva as reflexões realizadas ao longo deste trabalho, especialmente no que tange à relação entre a proteção de dados pessoais e a responsabilidade civil. Para tanto, foram selecionados casos que abordam os pressupostos da responsabilidade civil, com o objetivo de observar como esses conceitos são tratados pela jurisprudência, tanto brasileira quanto europeia, dada a proximidade entre a LGPD e o GDPR.

Alguns casos são ilustrativos das dificuldades interpretativas surgidas na aplicação das normas, bem como os desafios impostos por circunstâncias concretas. Assim, a análise dos casos não tem como objetivo adentrar em todos os seus detalhes. A proposta é identificar como os elementos discutidos ao longo deste trabalho se manifestam na prática, como são interpretados e aplicados.

No caso brasileiro, a análise dos julgados permite avaliar o estágio de desenvolvimento da disciplina de proteção de dados pessoais, com a consolidação de certos conceitos e teorias no ordenamento jurídico. Esse processo é evidenciado por decisões relevantes do STF⁴³⁶, do STJ e pelo crescente número de demandas em primeiro grau que buscam a tutela de dados pessoais, tanto de forma individual quanto coletiva⁴³⁷.

O critério para seleção dos julgados foi a sua relevância jurídica e a fundamentação empregada. A partir disso, deu-se preferência a casos que envolvessem a análise dos pressupostos da responsabilidade civil aplicados à luz das diretrizes da LGPD. Em outras palavras, o elemento central para a responsabilização foi a aplicação da legislação de proteção de dados pessoais, e não de outros diplomas normativos, como o Código de Defesa do Consumidor. Foram selecionadas as mais recentes decisões judiciais nacionais e europeias. No caso brasileiro, priorizou-se os últimos julgados do STJ, em razão de sua hierarquia no ordenamento jurídico e por

⁴³⁶ Conforme tratado no capítulo 2.3.

⁴³⁷ A LGPD está presente em cada vez mais julgados, apesar de não ser o fundamento ou questão principal do caso ou não ser trabalhada de forma aprofundada, ainda assim, indica o amadurecimento da matéria no país, conferir: MENDES, Laura Schertel; FUJIMOTO, Mônica. **Painel LGPD nos Tribunais**. Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024, p. 24-25.

representarem o atual estado de interpretação da LGPD. Quanto ao caso europeu, foram selecionadas algumas das decisões mais recentes do tribunal europeu em matéria de proteção de dados pessoais e responsabilidade civil. Embora não representem a totalidade dos casos, outros julgados relevantes foram mencionados nas notas de rodapé.

A metodologia de análise das decisões adotada neste capítulo consiste na apresentação das questões fáticas de cada caso, seguida pela identificação das controvérsias jurídicas e dos fundamentos da decisão tomada. Por fim, será feita uma análise crítica dos principais tópicos debatidos, buscando refletir sobre sua aplicação prática e o diálogo com a fundamentação teórica discutida ao longo deste trabalho.

4.1 CULPA E PROTEÇÃO DE DADOS

4.1.1 Caso C-667/21 (TJUE)

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) se pronunciou em uma série de casos com relevantes questões concernentes a responsabilidade civil e a aplicação do GDPR. Destacam-se os casos C-300/21 e C-487/21 decididos em maio de 2023; os casos C-340/21, C-456/22 e C-667/21 decididos em dezembro de 2023, bem como o caso C-687/21 decidido em janeiro de 2024.

Inicialmente, cabe um apontamento de ordem processual. Nos referidos processos, o TJUE foi provocado por meio de reenvio prejudicial por um tribunal nacional. O fundamento para esse pedido é a dúvida do órgão jurisdicional do Estado-membro sobre a interpretação ou validade de normas ou atos da União Europeia. Desse modo, o TJUE não decide o mérito da causa, mas determina quais os

parâmetros de interpretação que devem ser dados ao Direito da União pelo tribunal nacional, nos termos do artigo 267º TFUE⁴³⁸.

Os casos mencionados trazem interpretações relevantes sobre os pressupostos da responsabilidade civil e as normas de proteção de dados pessoais. Dentre eles, destacam-se os que contribuem para a definição do regime de responsabilidade civil e para a necessidade de apurar a negligência do controlador, como os casos C-340/21 e C-667/21, que serão analisados a seguir.

O caso C-667/21 teve origem no contexto do tratamento de dados pessoais por parte do *Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein* (MDKN), um serviço médico responsável por avaliações no âmbito de seguros de saúde. O MDKN tratou dados pessoais de saúde de um de seus funcionários para avaliar sua capacidade de trabalho.

O funcionário, após tomar conhecimento de que colegas tiveram acesso indevido ao relatório médico, argumentou que o tratamento não respeitou os princípios do GDPR, causando-lhe danos imateriais e materiais.

Por essa razão, ajuizou ação indenizatória contra o MDKN solicitando o pagamento de €20.000, sob o argumento que seus dados foram tratados de forma ilícita, uma vez que o relatório deveria ter sido elaborado por um terceiro neutro para evitar a exposição indevida de seus dados pessoais sensíveis a colegas de trabalho.

Em sua defesa, o MDKN argumentou que os dados foram tratados em conformidade com as disposições legais.

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, o que foi mantido em segundo grau. Contudo, o Supremo Tribunal do Trabalho Federal da Alemanha submeteu questões prejudiciais ao TJUE a respeito da interpretação dos artigos

⁴³⁸ **TFUE. Art. 267º.** O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: **a)** Sobre a interpretação dos Tratados; **b)** Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

referentes ao tratamento de dados pessoais sensíveis e à reparação de danos (artigos 9º e 82⁴³⁹ do GDPR).

Foram apresentadas cinco questões prejudiciais, dentre as quais se destaca a quinta questão:

5) Na determinação do montante da indemnização pelo dano imaterial a pagar com base no artigo 82º, nº 1, do RGPD, importa atender ao grau de culpa do responsável pelo tratamento ou do subcontratante? Concretamente, pode a inexistência de culpa ou a reduzida intensidade da mesma, por parte do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, ser tida em conta a seu favor?⁴⁴⁰

Em outras palavras, questiona-se se a responsabilidade do controlador pelo dano está sujeita à análise da culpa e se a gravidade dessa culpa deve ser considerada para a fixação do valor da indenização pelo dano extrapatrimonial.

O TJUE pontuou que o direito à indenização do artigo 82(1) do GDPR requer a existência de três elementos: a violação do regulamento, a existência de dano e a existência de nexo de causalidade entre a violação e o dano.

Somado a isso, em uma análise entre os itens do artigo 82, reconheceu que referido artigo estabelece implicitamente um regime de responsabilidade baseado na culpa, no qual o ônus da prova recai sobre o controlador, conforme parágrafo 94 da decisão. Isso porque, além da redação do artigo 82, devem ser considerados os objetivos perseguidos pelo legislador europeu [2.2 e 2.2.1].

Nesse sentido, o regulamento impõe ao controlador a adoção de medidas técnicas e organizacionais para evitar, na medida do possível, qualquer violação de dados pessoais.

O tribunal destacou que se o controlador for responsável por qualquer dano causado por um tratamento de dados em violação ao GDPR – o que ocorreria em um

⁴³⁹ **GDPR. Art. 82º. Direito de indemnização e responsabilidade.** 1. Qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do presente regulamento tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento [controlador] ou do subcontratante [operador] pelos danos sofridos. 2. Qualquer responsável pelo tratamento que esteja envolvido no tratamento é responsável pelos danos causados por um tratamento que viole o presente regulamento. O subcontratante é responsável pelos danos causados pelo tratamento apenas se não tiver cumprido as obrigações decorrentes do presente regulamento dirigidas especificamente aos subcontratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento. 3. O responsável pelo tratamento ou o subcontratante fica isento de responsabilidade nos termos do nº 2, se provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos. [...].

⁴⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **C-667/21**, Rel. Niilo Jääskinen, Terceira Seção. Julgado em 21 dez. 2023, § 35, p. 12.

regime objetivo de responsabilidade – essa obrigação de adotar medidas para garantir a segurança dos dados seria de pouca utilidade.

Além disso, o GDPR busca equilibrar os interesses dos agentes de tratamento e o desenvolvimento da economia digital com a proteção dos dados pessoais dos titulares. Segundo o tribunal, um regime de responsabilidade baseado na culpa com a inversão do ônus da prova em benefício do titular, cabendo ao controlador demonstrar que o dano não lhe é imputável, atingiria esse equilíbrio.

Ao analisar o grau de culpa, o tribunal destacou que, devido ao caráter compensatório da indenização, a gravidade da violação do regulamento não deve ser considerada para sua fixação, pois a finalidade é apenas compensar integralmente o dano sofrido.

Em síntese, a responsabilidade do controlador exige demonstração de culpa, não sendo relevante a sua gravidade para a fixação do valor da indenização.

A partir desse julgado, observa-se que, embora o GDPR almeje um direito harmônico a nível europeu, seu artigo 82º não previu expressamente um regime específico de responsabilidade civil.

No entanto, em uma interpretação conforme os objetivos e obrigações do regulamento, o TJUE, provocado por um tribunal nacional alemão, reconheceu expressamente que o regime de responsabilidade civil é subjetivo, ainda que mitigado pela presunção de culpa dos agentes de tratamento.

Dessa forma, somente se o controlador ou operador conseguir demonstrar que o dano não pode, de nenhuma forma, ser a ele atribuído, se eximirá da responsabilidade. Trata-se de um ônus significativo, mas que busca uma interpretação conforme as normas do regulamento, equilibrando os interesses em disputa, sem dificultar de forma desproporcional a reparação do titular.

Com essa interpretação, o TJUE acrescentou um quarto elemento ao direito à indenização previsto no GDPR, composto, portanto: 1) pela violação do regulamento, 2) a existência de dano, 3) a existência de nexo de causalidade entre a violação e o dano, e 4) a conduta culposa.

A conclusão do Tribunal Europeu reforça as reflexões alcançadas neste trabalho [3.3]. Além disso, considerando que a LGPD também não adota expressamente um regime específico de responsabilidade, torna-se relevante analisar a interpretação adotada pelos tribunais brasileiros, como será explorado no próximo tópico.

4.1.2 REsp 2.147.374/SP (STJ)

O acórdão da Terceira Turma do STJ é um importante marco da interpretação da LGPD e demonstra o amadurecimento da cultura de proteção de dados pessoais no Brasil. A decisão reafirmou a responsabilidade do controlador de garantir a segurança dos dados, destacando a expectativa legítima de proteção dos titulares e as especificidades da responsabilidade civil na LGPD.

A ação foi ajuizada após a autora receber um comunicado informando sobre o vazamento de seus dados pessoais (nome, RG, CPF, endereço e telefone) em um incidente de segurança envolvendo a concessionária de energia elétrica Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo SA (ENEL).

A autora argumentou que teve sua intimidade indevidamente exposta, uma vez que a empresa não adotou as medidas de segurança adequadas, não informou claramente sobre as circunstâncias do incidente e tampouco quem teve acesso aos seus dados. Por essas razões, requereu a indenização por danos morais (extrapatrimoniais) e o fornecimento de informações sobre o compartilhamento e tratamento dos dados feitos pela empresa.

A sentença julgou os pedidos improcedentes. Contudo, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) deu parcial provimento à apelação, para reconhecer a ocorrência de vazamento de dados pessoais. Determinou, ainda, que a empresa apresentasse informações detalhadas sobre o tratamento e o compartilhamento dos dados realizados e fornecer declaração completa com a origem dos dados, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, além de cópia exata de todos os dados do titular em seu banco de dados, conforme os artigos 18, VII, e 19, II, da LGPD⁴⁴¹.

⁴⁴¹ **LGPD. Art. 18.** O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: [...] II - acesso aos dados [...]. **Art. 19.** A confirmação de existência ou o acesso a dados pessoais serão providenciados, mediante requisição do titular: I - em formato simplificado, imediatamente; ou II - por meio de declaração clara e completa, que indique a origem dos dados, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, observados os segredos comercial e industrial, fornecida no prazo de até 15 (quinze) dias, contado da data do requerimento do titular. [...].

Ainda assim, manteve a improcedência do pedido de indenização por danos morais ante a falta de comprovação pela autora.

A ENEL interpôs recurso especial sustentando que a obrigação de prestar informações sobre o tratamento de dados seria exigível apenas na hipótese de compartilhamento lícito de dados pessoais. No entanto, no caso dos autos, o compartilhamento foi ilícito, decorrente de ataque cibernético, configurando fato exclusivo de terceiro. Assim, a empresa defendeu que não haveria tal obrigação pela aplicação da excludente de responsabilidade prevista no artigo 43, III, da LGPD.

Ao apreciar o recurso especial, o STJ lembrou as transformações causadas pela EC nº 115/2022 ao inserir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e, antes disso, o reconhecimento da autonomia da proteção de dados como direito fundamental pelo STF para garantia dos direitos de personalidade, à liberdade e à autodeterminação informativa [2.3].

Com a finalidade de garantir esses direitos, a LGPD estabeleceu uma série de deveres e procedimentos de segurança a serem observados pelos agentes de tratamento.

No âmbito da responsabilidade civil, observa-se a ampliação das questões relacionadas aos dados pessoais, anteriormente limitadas ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, um dos pontos principais da decisão do STJ é a menção à divergência doutrinária sobre a natureza da responsabilidade civil prevista na LGPD [3.3]. O tribunal superior reiterou o conceito de responsabilidade civil proativa, já adotado pelo acórdão do TJSP, para destacar a especificidade das obrigações e deveres previstos na LGPD.

Além disso, ao enquadrar a ENEL na categoria de agente de tratamento, reconheceu que

caberia a ela tomar todas as medidas de segurança esperadas pelo titular para que suas informações fossem protegidas, entre as quais a utilização das técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. Em acréscimo, os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais da recorrente deveriam estar estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos na LGPD e às demais normas regulamentares (art. 49)⁴⁴².

⁴⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. **2.147.374/SP**, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma. Julgado em 03 dez. 2024, [n.p.].

O tribunal superior também observou que a legislação indica uma série de procedimentos, de ferramentas e condutas a serem atendidas pelos agentes de tratamento a fim de evitar incidentes de segurança e mitigar riscos relacionados ao tratamento de dados pessoais, conforme disposto no artigo 50 da LGPD. Dessa forma, o esforço de conformidade e aplicação da LGPD (*compliance* de dados) busca transformar de modo duradouro a atuação dos agentes de tratamento para a garantia da segurança da informação e da privacidade dos titulares.

Outro ponto de destaque da decisão é ressaltar que nem todo incidente de segurança, por exemplo o “ataque *hacker*”, será reconhecido como fortuito externo, de modo a afastar a responsabilidade civil do agente. Pelo contrário, a segurança de um sistema informático que lide com informações sensíveis seria pressuposto a ser esperado da atividade empresarial, caracterizando-o como fortuito interno.

Considerando que a empresa não demonstrou nas instâncias originárias que “o vazamento dos dados da recorrida teria se dado exclusivamente em razão do incidente de segurança, é impossível aplicar em favor da recorrente a excludente de responsabilidade do art. 43, III, da LGPD”.

Em outras palavras, o STJ, ainda que de forma implícita, reconheceu que a ausência de demonstração da adoção de medidas de segurança adequadas configurou violação da LGPD, evidenciando uma conduta culposa por negligência. Ademais, entendeu que a conduta do agente de tratamento contribuiu, junto com a de terceiro, para a ocorrência do dano – configurando causa adequada e concausa [3.2.2] – motivo pelo qual não houve a interrupção do nexo causal.

Por essa razão, o tratamento de dados pessoais tornou-se irregular a partir do momento em que deixou de fornecer a segurança que o titular poderia esperar (“expectativa legítima de proteção”), considerando as circunstâncias relevantes, como as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado (artigo 44, III).

Além disso, o agente de tratamento também será responsabilizado pela violação da segurança de dados quando deixar de adotar as medidas de segurança técnicas e administrativas para evitar acessos não autorizados ou situações acidentais.

Dessa forma, o STJ não acolheu o recurso especial, mantendo integralmente o acórdão do TJSP, pois 1) ainda que o vazamento tivesse ocorrido exclusivamente de um incidente ilícito de segurança, não há informações sobre a adoção das medidas

de segurança exigidas pela LGPD, que pudessem ser necessárias e suficientes para evitar o evento danoso, 2) bem como inexistência de prova do fato exclusivo de terceiro.

Este é o acórdão mais recente do STJ em matéria de proteção de dados pessoais e responsabilidade civil. A decisão demonstra um avanço significativo na compreensão da importância e dos conceitos da LGPD, com a virtude de aplicá-los de forma coerente com o ordenamento jurídico.

A respeito da responsabilidade civil proativa, mencionada tanto no acórdão do TJSP quanto no do STJ, assim é definida por Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz:

O sistema de responsabilidade civil da LGPD, previsto nos artigos 42 a 45, mostra-se especialíssimo, sendo talvez a principal novidade da lei, e reflete o disposto no inciso X do art. 6º da Lei que prevê o princípio da “responsabilização e prestação de contas, isto é, a 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”. O legislador pretendeu não apenas mandar ressarcir, mas quer prevenir e evitar a ocorrência de danos. Assim, esta responsabilidade especial, à semelhança do que ocorre no Regulamento europeu, está articulada em torno de três noções fundamentais, que devem ser somadas: i) dano, ii) violação da legislação de proteção dos dados por parte do controlador e/ou operador e iii) reparação. Com efeito, o regime demanda que o dano seja resultante de violação da LGPD e que tenha sido causado por um agente de tratamento dos dados para então impor a obrigação de ressarcir a parte lesada⁴⁴³.

Apesar da referência dos autores a um regime especial de responsabilidade no regulamento europeu (GDPR), não é o que se constatou na interpretação do TJUE do Caso C-667/21 [4.1.1]. A afirmativa da semelhança com o GDPR é verdadeira, mas por outros motivos, pois lá também tem-se reconhecido um regime subjetivo com culpa presumida.

Assim, não parece se tratar de um novo tipo de responsabilidade civil, pois a atribuição de responsabilidade ainda decorre da análise da adequação da conduta do agente. Portanto, é uma especificação da responsabilidade subjetiva, a qual se distingue na LGPD pela presunção da culpa e pela análise normativa da culpa a partir de deveres especificados pela lei [3.2.1].

⁴⁴³ BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa. In: **Cadernos Adenauer**. Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2019, ano XX, n. 3, p. 113-135, p. 126.

O aspecto “proativo” refere-se à necessidade de os agentes de tratamento adotarem medidas de prevenção e precaução necessárias para assegurar a proteção dos dados pessoais e, ainda, demonstrarem a adoção dessas medidas, em consonância com o princípio da *accountability* previsto na LGPD.

A essência dessa responsabilidade está relacionada ao respeito a deveres jurídicos previamente estabelecidos, como aqueles previstos no artigo 6º da LGPD, que exige a boa-fé objetiva e a compatibilidade do tratamento de dados com finalidades específicas, além do princípio da minimização de dados (limitação, adequação e necessidade). Além disso, o tratamento deve ser legitimado por uma base legal válida, conforme disposto no artigo 7º da LGPD [2.3.1].

O mérito do termo “responsabilidade civil proativa”, portanto, não é a criação de um novo regime de responsabilização, mas facilitar e evidenciar a natureza própria que a responsabilidade subjetiva assume na LGPD. A análise da culpa é feita com base em padrões (*standards*) de conduta específicos determinados pela LGPD, como a adoção de medidas adequadas e a comprovação do seu cumprimento.

Nesse sentido, João Quinelato de Queiroz, um dos criadores do conceito, ressalva que se o legislador não inaugurou um regime especial de responsabilidade civil, em que reconhece a relevância das condutas prévias para evitar o dano, tendendo a uma função preventiva e precaucional da responsabilidade civil, “ao menos aprimorou o regime subjetivo tradicional, determinando os novos critérios de aferição da culpa em termos de vazamento de dados pessoais”⁴⁴⁴.

Por fim, o STJ indica ter adotado a interpretação que, na LGPD, foi estabelecida a culpa presumida ao referir que “só não serão responsabilizados quando provarem” que cumpriram todos os deveres impostos pela lei (artigo 43, *caput*). Isso porque é ônus do agente de tratamento demonstrar que não houve violação à legislação de proteção de dados pessoais (artigo 43, II – ausência de culpa) e que o fato decorreu exclusivamente de terceiro (artigo 43, III – ausência de causalidade).

Como se observa, questões relacionadas ao nexo causal também têm grande relevância na responsabilização dos agentes de tratamento, como será analisado nos próximos dois casos.

⁴⁴⁴ QUEIROZ, 2024, p. 186-187.

A título de síntese, foram analisados os regimes de responsabilidade civil no âmbito da proteção de dados pessoais, com destaque para o caso C-667/21 do TJUE e o REsp 2.147.374/SP do STJ. O TJUE estabeleceu que a responsabilidade no GDPR é subjetiva, com culpa presumida, cabendo ao controlador provar a ausência de negligência. Já o STJ, ao julgar um caso sob a LGPD, reforçou a responsabilidade proativa dos agentes de tratamento, exigindo a adoção de medidas de segurança e a comprovação de conformidade, mesmo em casos de ataques cibernéticos. Ambos os casos destacam a necessidade de os agentes de tratamento adotarem medidas preventivas para evitar violações, evidenciando uma convergência na interpretação do regime de responsabilidade aplicável em matéria de proteção de dados pessoais.

4.2 NEXO CAUSAL E PROTEÇÃO DE DADOS

4.2.1 Caso C-340/21 (TJUE)

Em outro relevante acórdão do TJUE, o caso C-340/21 analisou questões relacionadas aos deveres de segurança previstos no GDPR, com destaque aos

artigos 24º e 32º⁴⁴⁵, e à responsabilidade do controlador pelo tratamento de dados em caso de violações.

O caso teve origem em um incidente de segurança que expôs dados pessoais de milhões de pessoas na Bulgária. Uma das pessoas afetadas ajuizou ação de indenização por danos imateriais pela divulgação não autorizada de seus dados contra a Agência Nacional de Receitas Fiscais (*Natsionalna Agentsia za Prihodite* - NAP).

A autora argumentou que o incidente de segurança expôs seus dados pessoais de forma indevida, gerando o receio que poderiam ser utilizados de maneira abusiva no futuro.

Em sua defesa, a NAP apresentou documentos para comprovar que havia adotado todas as medidas necessárias, bem como não havia nexos causais entre os danos alegados e o vazamento, uma vez o incidente decorreu da ação de terceiros.

⁴⁴⁵ **GDPR. Art. 24º. Responsabilidade do responsável pelo tratamento** [controlador]. **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. **2.** Caso sejam proporcionadas em relação às atividades de tratamento, as medidas a que se refere o nº 1 incluem a aplicação de políticas adequadas em matéria de proteção de dados pelo responsável pelo tratamento. **3.** O cumprimento de códigos de conduta aprovados conforme referido no artigo 40º ou de procedimentos de certificação aprovados conforme referido no artigo 42º pode ser utilizada como elemento para demonstrar o cumprimento das obrigações do responsável pelo tratamento. **Art. 32º. Segurança do tratamento.** **1.** Tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos de aplicação e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento, bem como os riscos, de probabilidade e gravidade variável, para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo tratamento e o subcontratante aplicam as medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar um nível de segurança adequado ao risco, incluindo, consoante o que for adequado: a) A pseudonimização e a cifragem dos dados pessoais; b) A capacidade de assegurar a confidencialidade, integridade, disponibilidade e resiliência permanentes dos sistemas e dos serviços de tratamento; c) A capacidade de restabelecer a disponibilidade e o acesso aos dados pessoais de forma atempada no caso de um incidente físico ou técnico; d) Um processo para testar, apreciar e avaliar regularmente a eficácia das medidas técnicas e organizativas para garantir a segurança do tratamento. **2.** Ao avaliar o nível de segurança adequado, devem ser tidos em conta, designadamente, os riscos apresentados pelo tratamento, em particular devido à destruição, perda e alteração acidentais ou ilícitas, e à divulgação ou ao acesso não autorizados, de dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento. **3.** O cumprimento de um código de conduta aprovado conforme referido no artigo 40º ou de um procedimento de certificação aprovado conforme referido no artigo 42º pode ser utilizado como elemento para demonstrar o cumprimento das obrigações estabelecidas no nº 1 do presente artigo. **4.** O responsável pelo tratamento [controlador] e o subcontratante [operador] tomam medidas para assegurar que qualquer pessoa singular que, agindo sob a autoridade do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, tenha acesso a dados pessoais, só procede ao seu tratamento mediante instruções do responsável pelo tratamento, exceto se tal lhe for exigido pelo direito da União ou de um Estado-Membro.

A ação foi julgada improcedente, considerando que o vazamento decorreu de ataque cibernético cometido por terceiros, que a autora não comprovou a falha da NAP na adoção de medidas de segurança e a inexistência de comprovação do dano extrapatrimonial.

A autora recorreu ao Supremo Tribunal Administrativo da Bulgária, que é o órgão jurisdicional que realizou o reenvio prejudicial ao TJUE. O tribunal nacional apresentou dúvidas sobre a interpretação dos artigos 24º e 32º do GDPR (ou RGPD em português), referentes às medidas de segurança e sua adequação, questionando, especialmente, se a ocorrência de incidente de segurança seria suficiente, por si só, para concluir que as medidas adotadas foram inadequadas.

Foram apresentadas cinco questões prejudiciais, das quais, para o objeto deste tópico, se destacam a primeira e a quarta:

1) Devem os artigos 24º e 32º do [RGPD] ser interpretados no sentido de que basta que se tenha verificado a divulgação ou o acesso não autorizados a dados pessoais, na aceção do artigo 4º, ponto 12, do [RGPD], por pessoas que não são funcionários da administração do responsável pelo tratamento e não estão sujeitas ao seu controlo para se considerar que as medidas técnicas e organizativas tomadas não são adequadas?

4) Deve o artigo 82º, nº 3, do [RGPD] ser interpretado no sentido de que a divulgação ou o acesso não autorizados a dados pessoais na aceção do artigo 4º, ponto 12, do [RGPD], como no presente [processo], através de um “ataque de *hacker*” por pessoas que não são funcionários da administração do responsável pelo tratamento e não estão sujeitas ao seu controlo, constitui uma circunstância pela qual o responsável pelo tratamento não é de modo nenhum responsável e que lhe dá o direito de ser isentado de responsabilidade?⁴⁴⁶

As duas dúvidas envolvem a relação entre o evento e o dano. Ou seja, busca saber se o incidente de segurança por si só implica na inadequação das medidas adotadas e se há exclusão da responsabilidade se o evento foi causado por terceiro.

Em resposta ao primeiro questionamento, o tribunal ponderou que a adequação das medidas deve considerar a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento. Esses elementos devem ser avaliados em conjunto com a probabilidade e gravidade dos riscos dessa atividade.

Assim, a adequação das medidas para assegurar um nível de segurança adequado que os agentes de tratamento adotaram depende de uma avaliação no caso

⁴⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **C-340/21**, Rel. Niilo Jääskinen, Terceira Seção. Julgado em 14 dez. 2023, § 21, p. 8-9.

concreto. Por esse motivo, a simples ocorrência de incidente de segurança não permite concluir que as medidas não foram adequadas. Entender dessa maneira implicaria em privar o agente de tratamento de demonstrar que adotou as medidas necessárias.

O tribunal acrescentou que se o agente de tratamento fosse obrigado a impedir qualquer violação dos dados não teria sentido se falar em obrigação de demonstrar a adequação das medidas, conforme fundamentado nos parágrafos 31 a 34.

Além disso, com base no artigo 82(2)(3) do GDPR, o TJUE ponderou que, embora o controlador seja responsável por danos decorrentes de tratamento em violação ao regulamento, essa responsabilidade é afastada se ele comprovar que o fato causador do dano não lhe é atribuível de nenhuma forma. Assim, a mera violação do regulamento e a existência de dano não são elementos suficientes para a responsabilização dos agentes de tratamento, sendo indispensável estabelecer a relação de causalidade entre eles.

A partir disso, o TJUE concluiu que a divulgação ou acesso não autorizado a dos pessoais por terceiros não é suficiente, por si só, para considerar que as medidas técnicas e organizacionais adotadas não eram adequadas.

A respeito da quarta questão prejudicial, o tribunal destacou que podem ser qualificados como terceiros apenas aqueles que, não estando sob a autoridade direta dos agentes de tratamento, realizam o tratamento de dados⁴⁴⁷. Essa definição inclui pessoas que não são funcionárias do controlador e não estão subordinadas às suas ordens.

Aliado a isso, a responsabilidade do controlador será afastada caso ele comprove que o evento danoso não lhe é imputável. Portanto, o incidente de segurança causado por cibercriminosos (terceiros) não pode ser atribuído ao agente de tratamento, desde que a violação dos dados pessoais não tenha sido possibilitada por descumprimento de obrigações previstas no GDPR.

Em outras palavras, a responsabilidade do controlador só será excluída se ele demonstrar que o dano não decorre de falhas no cumprimento dos deveres

⁴⁴⁷ **GDPR. Art. 4º. Definições.** Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: [...] **10) «Terceiro», a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou organismo que não seja o titular dos dados, o responsável pelo tratamento [controlador], o subcontratante [operador] e as pessoas que, sob a autoridade direta do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, estão autorizadas a tratar os dados pessoais. [...].**

estabelecidos pelo regulamento. Com isso, assume ainda maior importância a documentação de práticas de segurança e a adoção de medidas robustas para limitar os riscos do tratamento.

Em síntese, na hipótese de incidente de segurança cometido por terceiro, o controlador somente ficará isento de responsabilidade (artigo 82º(3)) se comprovar “que não existe nexo de causalidade entre qualquer violação da sua obrigação de proteção de dados pessoais e o dano sofrido pelo indivíduo”⁴⁴⁸.

4.2.2 REsp 2.077.278/SP (STJ)

O Recurso Especial nº 2.077.278, julgado pela Terceira Turma do STJ no final de 2023, além de trazer reflexões relevantes sobre a interrupção do nexo causal, evidencia como a LGPD não se isola em seu próprio âmbito. Pelo contrário, mostra-se integrada ao ordenamento jurídico, funcionando de forma harmônica com outras normas e contribuindo para a solução de situações envolvendo o tratamento de dados pessoais.

O caso envolveu uma pessoa que vítima do “golpe do boleto” após pagar um boleto falso enviado por criminosos que tinham acesso a seus dados bancários.

A autora havia realizado um financiamento de veículo junto à BV Financeira. Com o objetivo de quitar o financiamento, ela acessou o site da instituição e enviou um *e-mail* solicitando informações sobre o contrato e o valor devido. Dias depois, a autora foi contatada por uma suposta funcionária da BV Financeira via WhatsApp, que enviou um boleto para quitação do financiamento no valor de R\$ 19.225,00. Confiando na legitimidade do contato, a autora efetuou o pagamento do boleto.

No entanto, posteriormente, ela descobriu que o boleto era falso, emitido por criminosos, e que o financiamento não havia sido quitado. Além de perder o valor pago, a autora continuou sendo cobrada pela instituição financeira, que não reconheceu o pagamento feito por meio do boleto fraudulento.

A ação foi ajuizada contra a BV Financeira, sob o fundamento que o vazamento de seus dados bancários pela instituição facilitou o golpe e requereu a declaração de

⁴⁴⁸ UNIÃO EUROPEIA, C-340/21, 2023, § 72, p. 16.

inexigibilidade da dívida, a validade do pagamento realizado e a condenação da instituição financeira a restituir os valores excedentes.

A sentença julgou procedente a pretensão autoral, reconhecendo que não seria razoável esperar que a autora soubesse os códigos de cada banco para perceber a divergência entre o banco emitente e do banco indicado no código de barras.

Contudo, o acórdão do TJSP reformou a sentença, afastando a responsabilidade da instituição financeira em razão de fato exclusivo da vítima. Isso porque a autora não se atentou a diversas informações equivocadas, por exemplo, o remetente das mensagens do WhatsApp era “VB Financeira”, o número do contrato do financiamento estava incorreto, o credor do boleto não era a instituição financeira. Em suma, todas informações que tornavam a operação suspeita e permitia à autora, se tivesse agido com cautela, identificar o golpe.

A autora interpôs recurso especial, o qual foi provido pelo STJ para restabelecer a sentença do juízo de primeiro grau, conforme será abordado a seguir.

A questão central, como se nota, era estabelecer se a instituição financeira deveria ser responsabilizada pelo vazamento de dados bancários que facilitou a aplicação do “golpe do boleto” contra a autora. A controvérsia jurídica girava em torno da responsabilidade civil da instituição financeira por falha na prestação de serviços, especialmente no que diz respeito à segurança dos dados dos clientes e o nexo de causalidade.

O excelente voto da ministra relatora Nancy Andrichi interpreta a LGDP harmonizando-a com a consolidada jurisprudência e interpretações do CDC.

Nesse sentido, o acórdão reiterou que financeiras respondem objetivamente pelos danos causados pela falha na prestação de serviços, conforme previsto no

artigo 14 do CDC, bem como por fraude e delitos praticados por terceiros quando se tratar de fortuito interno⁴⁴⁹.

Por sua vez, o artigo 44 da LGPD estabelece que o tratamento de dados será irregular quando deixar de fornecer a segurança que o titular pode esperar. E, por fim, o artigo 45 da LGPD reconhece que o tratamento de dados pessoais que causar danos em uma relação de consumo segue sujeito às regras de responsabilidade previstas no CDC – conforme defendido neste trabalho [3.3] – de modo que aplicável o regime de responsabilidade objetivo.

Além disso, a prestação de serviço de qualidade pelos fornecedores abrange o dever de segurança ou, como adotado neste trabalho, deveres de proteção [3.1], que por sua vez pode afetar tanto a integridade patrimonial, quanto extrapatrimonial do consumidor⁴⁵⁰.

No acórdão foi pontuado que é comum que em golpes que envolvem engenharia social os criminosos tenham dados pessoais das vítimas. Assim, para estabelecer o nexo causal entre a atuação dos criminosos e o vazamento de dados pessoais, é necessário analisar quais dados estavam em poder dos golpistas a fim de examinar a origem do vazamento e a responsabilidade de cada agente [3.2.2].

⁴⁴⁹ “Entende-se por fortuito interno o fato imprevisível que se liga à organização da empresa, que se relaciona com os riscos da atividade desenvolvida pelo prestador do serviço de tal forma que se torna impossível exercer essa atividade sem arrostar esses riscos. [...] O fortuito interno não exclui a responsabilidade do fornecedor do serviço, porque está ligado à organização da empresa. Embora a sua ocorrência seja inevitável, as consequências são evitáveis, pelo menos em grande parte, pelo estado da técnica. O fortuito externo é também fato imprevisível e inevitável, mas estranho à organização do negócio, não guarda relação de causalidade com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao serviço, via de regra ocorrido em momento posterior ao seu fornecimento. Duas são as características do fortuito externo: autonomia em relação aos riscos da empresa e inevitabilidade, razão pela qual exclui a responsabilidade do fornecedor do serviço” (CAVALIERI FILHO, 2023, p. 92).

⁴⁵⁰ Sobre o dever de a empresa ter adotado medidas de segurança adequadas e a “incrementação do risco”, caso as medidas tenham sido adotadas, é possível afastar ou reduzir a obrigação de reparar o dano: “Especialmente na valoração do dano moral imputado a entidades que desenvolvem atividades no mercado de massa seria preciso averiguar: foram cumpridos com exatidão os deveres de diligência, para que os erros não acontecessem? Dito de outro modo: a entidade desenvolve sistemas para prevenir, detectar e equacionar falhas operacionais? Adota políticas e procedimentos visando aprimorar os controles da gestão do risco e o seu tratamento administrativo? Desenvolve atividades visando equacionar os problemas mediante negociação? Ou, ao contrário, é omissa e/ou renitente em relação aos erros de gestão, às falhas na prestação do serviço? Se a resposta a essa última questão for positiva, poder-se-á concluir pela existência de espécie de “incremento do risco”; se, ao revés, a conduta da entidade for diligente, ativa e respeitosa aos consumidores – seja ao prevenir o dano, seja ao adotar medidas para equacioná-lo, tratar-se-á de um símile do “risco permitido”, que não a isenta de reparar o prejuízo causado (se constatado o erro), mas se reflete na isenção ou, conforme o caso, na minoração do quantum indenizatório extrapatrimonial” (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7109-7110).

Consequentemente, o nexo de causalidade e imputação de responsabilidade deve ser analisado no caso concreto.

Como bem destacou a relatora, dados pessoais comuns e sensíveis podem ser obtidos de diversas formas, mas dados sobre operações financeiras são, presumivelmente, tratados exclusivamente pelas instituições financeiras.

Assim, embora houvesse uma série de divergências que poderiam ter sido observadas pela autora, conforme pontuado pelo TJSP, o STJ ressaltou que os dados bancários possuem caráter sigiloso e são de tratamento exclusivo das instituições financeiras.

No caso em análise, os golpistas tinham conhecimento que a autora era cliente da instituição financeira e havia encaminhado *e-mail* com a finalidade de quitar a dívida, além de terem acesso a informações sobre o número de parcelas em aberto e o saldo devedor do financiamento, evidenciando o compartilhamento indevido de dados pelo controlador (instituição financeira) com terceiros (golpistas).

Some-se a isso que a instituição financeira não demonstrou ter adotado as medidas de segurança adequadas ao tratamento efetuado, ou a ocorrência de outra excludente de responsabilidade, ônus que lhe incumbia, conforme artigo 43 da LGPD.

Diante disso, o incidente de segurança configurou uma falha na prestação de serviços pela instituição financeira, que permitiu a concretização do golpe, restando demonstrado o nexo causal.

Em outras palavras, o STJ afirmou que ao não demonstrar a adoção de medidas de segurança adequadas houve violação da LGPD – conduta culposa em razão da negligência – e que a conduta do agente de tratamento concorreu com a do terceiro para a causação do dano – causa adequada e concausa [3.2.2] – razão pela qual não houve a interrupção do nexo causal.

Ainda que a autora tenha concorrido minimamente para a ocorrência do dano, foi a atuação conjunta da instituição financeira com os golpistas que provocou efetivamente o dano (causa adequada e concausa)⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Em sentido contrário, veja-se o REsp nº 2.046.026/RJ, situação em que o STJ entendeu ter ocorrido fato exclusivo da vítima e de terceiro. Nesse caso, entendeu-se que o boleto foi fraudado sem qualquer contribuição por parte da instituição financeira, de modo que a falta de cautela da vítima ao pagar o boleto falso é que foi o fato exclusivo para a concretização do dano. Assim, não houve nexo causal entre a atuação da financeira e o evento danoso, pois ausente elemento objetivo que comprovasse a causalidade entre o vazamento de dados ou falha do sistema de segurança e o golpe.

Com base nos casos analisados, o estabelecimento da causalidade na responsabilidade civil envolvendo tratamento de dados pessoais deve, inicialmente, determinar qual operação de tratamento foi possivelmente afetada por um incidente de segurança ou compartilhamento indevido de dados.

Portanto, é fundamental definir com precisão o controlador e outros agentes de tratamento envolvidos na operação, a fim de individualizar a causalidade do evento e delimitar quais agentes possuem algum grau de envolvimento.

A avaliação da relação de causalidade não deve ser influenciada por “considerações ou juízos de valor sobre a conduta do controlador responsável pelo tratamento perante os deveres de cuidado, diligência e prevenção que lhe incumbam”⁴⁵².

A análise deve se concentrar na identificação do fato (condição) que atrai para si a qualidade de causa adequada. No contexto do tratamento de dados pessoais, é fundamental considerar elementos objetivos que comprovem o nexo causal entre o incidente de segurança – como vazamento de dados ou acesso indevido – e o evento danoso.

Da mesma forma, a avaliação de excludentes de responsabilidade, como o fato exclusivo da vítima ou de terceiro, deve se ater à interferência que interrompe a sequência de causalidade natural dos fatos.

Nesse sentido, é necessário verificar se o fato interferente causou o dano de forma autônoma ou se foi possibilitado por algum aspecto da atividade de tratamento. Na primeira hipótese, pode-se citar um incidente de segurança causado por terceiros sem qualquer violação à LGPD por parte do agente de tratamento. Já na segunda hipótese, quando o controlador cooperou, em razão da violação da legislação da proteção de dados, com a conduta do terceiro que causa incidente de segurança, haverá concorrência de causas para o dano, mantendo a sua responsabilidade.

4.3 DANO E PROTEÇÃO DE DADOS

4.3.1 Caso C-687/21 (TJUE)

⁴⁵² ALMEIDA, 2023, p. 152-153.

No caso C-687/21 também foi apreciado pelo TJUE mediante reenvio prejudicial. Dessa vez, o tribunal europeu foi provocado a interpretar questões referentes ao pressuposto do dano para a responsabilização sob o artigo 82º do GDPR.

O caso refere-se a uma ação de indenização por danos imateriais ajuizada contra a empresa MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH (Saturn) decorrentes do compartilhamento indevido de dados pessoais. O incidente ocorreu quando funcionários da empresa entregaram por engano documentos contendo informações pessoais a um terceiro não autorizado.

O autor comprou um eletrodoméstico em uma loja da Saturn por meio de contrato de compra e venda com financiamento. Para isso, seus dados pessoais, como nome, endereço, dados bancários e renda, foram inseridos no sistema da empresa e impressos em documentos.

Após a assinatura desses documentos, o autor entregou-os a funcionários da loja na área de retirada de mercadorias. No entanto, devido a um erro, um outro cliente recebeu o eletrodoméstico adquirido pelo autor e, também, os documentos com seus dados pessoais. O equívoco logo foi detectado e, aproximadamente trinta minutos depois, os funcionários haviam recuperado o produto e os documentos do autor. Como forma de compensar os transtornos, a empresa ofereceu a entrega gratuita do eletrodoméstico em sua casa, o que foi considerado insuficiente pelo autor.

Em razão disso, o autor ajuizou ação contra a Saturn requerendo a indenização por danos imateriais (extrapatrimoniais) e o risco da perda de controle sobre seus dados pessoais, os quais teriam sido causados pelo erro cometido pelos funcionários da empresa.

Em sua defesa, a Saturn alegou que não houve violação do GDPR e que o autor não demonstrou ter sofrido danos, pois não havia qualquer informação sobre o uso abusivo por parte do terceiro dos dados pessoais do titular.

Ante essa situação, o Tribunal de Primeira Instância de Hagen submeteu sete questões prejudiciais ao TJUE, das quais se destacam, para a finalidade desta análise, as questões dois, cinco e sete:

2) É necessário, para que uma indemnização possa ser exigida, que, para além da divulgação indevida dos dados a proteger a um terceiro não autorizado, sejam declarados danos morais que o requerente tenha de demonstrar?

5) Existe desde logo um dano moral na aceção do artigo 82º do [RGPD] se o terceiro que recebeu o documento que contém os dados pessoais não tiver tomado conhecimento dos dados antes de o documento que contém a informação ter sido restituído, ou é suficiente, para que haja dano moral na aceção do artigo 82º do [RGPD], a sensação de desconforto da pessoa cujos dados pessoais foram ilegalmente transmitidos, uma vez que qualquer divulgação não autorizada de dados pessoais ocasiona a possibilidade, que não pode ser excluída, de que os dados possam ser divulgados a um número desconhecido de pessoas ou mesmo utilizados indevidamente?

7) Deve a indemnização por danos morais ser entendida como a aplicação de uma sanção semelhante a uma sanção contratual?⁴⁵³

A controvérsia envolvia a definição sobre se qualquer compartilhamento não autorizado de dados pessoais com terceiros configuraria violação ao GDPR e se esse fato, por si só, geraria a obrigação de indenizar por danos imateriais (extrapatrimoniais), ou se seria necessária a comprovação desses danos pelo titular. Também se discutiu a função da responsabilidade civil, questionando-se se teria caráter punitivo ou apenas reparatório.

Chama a atenção nesta decisão o número significativo de julgados do mesmo tribunal mencionados ao longo da fundamentação, o que evidencia a construção e consolidação da jurisprudência europeia em matéria de responsabilidade civil e proteção de dados pessoais.

Dentre eles, destaca-se o caso C-300/21, no qual o TJUE estabeleceu interpretações posteriormente aplicadas e ampliadas no caso C-687/21, em análise. Uma dessas interpretações consiste na compreensão de que a mera violação do regulamento não é suficiente para gerar a obrigação de indenizar, sendo indispensável a comprovação do dano (C-300/21, §§ 32 e 42⁴⁵⁴).

Assim, em resposta à segunda questão prejudicial, o TJUE reforçou o entendimento que a mera violação ao regulamento não basta para o surgimento do direito à indenização. Isso porque o artigo 82º(1) do GDPR faz uma distinção entre “danos” e “violação”, sendo ambos condições independentes entre si para o direito à indenização.

⁴⁵³ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **C-687/21**, Rel. Niilo Jääskinen, Terceira Seção. Julgado em 25 jan. 2024, § 28, p. 8-9.

⁴⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **C-300/21**, Rel. Niilo Jääskinen, Terceira Seção. Julgado em 04 mai. 2023, § 32 e 34, p. 8-9.

O fato de os funcionários da Saturn terem entregado os dados pessoais a um terceiro por engano não é, por si só, suficiente para concluir que as medidas de segurança adotadas pela empresa eram inadequadas. A adequação das medidas deve ser avaliada com base em critérios como a natureza, o contexto e os riscos do tratamento de dados, sendo ônus do controlador demonstrar a adoção e adequação das medidas.

Portanto, a existência de danos sofridos pela pessoa é um dos pressupostos para a indenização, bem como a existência de uma violação do regulamento e o nexo de causalidade entre o dano e a violação. A esses requisitos, que são cumulativos, o tribunal acrescentou a conduta culposa no caso C-667/21 [4.1.1].

A conclusão pela necessidade de dano e que o titular o tenha sofrido decorre do texto do artigo 82º(1) que prevê o direito à indenização à “qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do presente regulamento”. Conforme o TJUE, entender que toda e qualquer violação ao GDPR constituiria dano seria uma interpretação contrária à redação do referido artigo.

Dessa forma, o tribunal declarou que a pessoa que exige a reparação é obrigada a demonstrar não só a existência do incidente de segurança mas também que essa violação ao GDPR lhe causou danos (§ 61).

Nesse sentido, embora a redação do artigo 42 da LGPD seja bastante diversa, é possível identificar requisitos semelhantes. Na LGPD foi estabelecido que a obrigação de reparar, por parte do controlador ou operador, resulta do exercício de atividade de tratamento que, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, causa dano a outrem.

Ou seja, é necessário que o dano indenizável tenha decorrido de atividade de tratamento em violação à LGPD. Por um lado, o termo “sofrido” adotado no GDPR indica que o ônus de comprovar o dano é da pessoa que requer a indenização, uma vez que é ela que está na posição de comprovar que sofreu o dano. Por outro lado, a diferença de redação LGPD não destaca a existência desse ônus. Entretanto, a necessidade de comprovação do dano decorre das características desse pressuposto

da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro⁴⁵⁵ [3.2.3], que exige a verificação de lesão antijurídica à esfera jurídica da vítima e a reparação do dano sofrido em toda a sua extensão (reparação integral).

A respeito da quinta questão prejudicial, o TJUE ponderou que o receio de uso indevido dos dados no futuro, sem comprovação de que o terceiro efetivamente tomou conhecimento dos dados, não configura dano imaterial (extrapatrimonial).

Retomando interpretações do caso C-300/21, o tribunal destacou que o “dano imaterial” não foi conceituado no GDPR, tampouco há referência ao direito interno dos Estados-membro, por isso concluiu que seu conceito deve acolher uma definição autônoma e suficiente, própria do direito da União⁴⁵⁶, com base na interpretação conjunta do artigo 86º(1) e os considerandos 85 e 146 do GDPR⁴⁵⁷. A interpretação do conceito de dano deve ser feita de modo amplo, a fim de concretizar o objetivo do regulamento de garantir um elevado grau nível de proteção dos dados pessoais, como dispõe o considerando 10⁴⁵⁸.

Além disso, referiu que a jurisprudência do TJUE reconhece que o receio de utilização abusiva de dados pessoais por terceiro após violação das normas de proteção de dados é suscetível, por si só, de constituir dano imaterial⁴⁵⁹. Aliado a isso, relembrou-se a interpretação dada no caso C-456/22, segundo a qual a perda de

⁴⁵⁵ Em termos de direito processual, cabe a quem alega comprovar o fato constitutivo de seu direito, incluindo, dentre outros aspectos, a existência do dano a ser reparado, conforme o artigo 373 do CPC. **CPC. Art. 373.** *O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

⁴⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA, C-300/21, 2023, §§ 30 e 44, p. 8 e 10.

⁴⁵⁷ **Considerando 85.** *Se não forem adotadas medidas adequadas e oportunas, a violação de dados pessoais pode causar danos físicos, materiais ou imateriais às pessoas singulares, como a perda de controlo sobre os seus dados pessoais, a limitação dos seus direitos, a discriminação, o roubo ou usurpação da identidade, perdas financeiras, a inversão não autorizada da pseudonimização, danos para a reputação, a perda de confidencialidade de dados pessoais protegidos por sigilo profissional ou qualquer outra desvantagem económica ou social significativa das pessoas singulares [...].* **Considerando 146.** *[...] O conceito de dano deverá ser interpretado em sentido lato à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, de uma forma que reflita plenamente os objetivos do presente regulamento. Tal não prejudica os pedidos de indemnização por danos provocados pela violação de outras regras do direito da União ou dos Estados-Membros [...].*

⁴⁵⁸ **Considerando 10.** *A fim de assegurar um nível de proteção coerente e elevado das pessoas singulares e eliminar os obstáculos à circulação de dados pessoais na União, o nível de proteção dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento desses dados deverá ser equivalente em todos os Estados-Membros. É conveniente assegurar em toda a União a aplicação coerente e homogênea das regras de defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais [...].*

⁴⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA, C-340/21, 2023, §§ 79 a 86.

controle sobre dados pessoais, ainda que por curto período, pode causar ao titular danos imateriais, desde que comprovado que a pessoa sofreu danos imateriais, ainda que mínimos⁴⁶⁰.

O TJUE declarou que o conceito de dano engloba a situação que o titular de dados tem receio fundado de utilização ou divulgação abusiva de seus dados no futuro, hipótese que caberá ao tribunal nacional verificar no caso concreto. Contudo, caberá ao autor na ação de indenização comprovar a existência desse dano, bem como que o seu receio é concreto, não sendo suficiente o risco puramente hipotético, por exemplo, quando nenhum terceiro toma conhecimento dos dados pessoais.

Assim, o tribunal concluiu que a entrega de documento com dados pessoais do titular a terceiro, que comprovadamente não toma conhecimento desses dados, não configura, por si só, danos imateriais com base apenas no receio do uso ou divulgação abusiva.

Por fim, na sétima questão prejudicial, o TJUE reiterou a interpretação que a indenização prevista no artigo 82º do GDPR é exclusivamente reparatória⁴⁶¹. Isso porque há outros dispositivos no GDPR destinados à função sancionatória, por exemplo, os artigos 83º e 84º que autorizam a aplicação de multas e outras sanções [3.3]. A articulação desses artigos evidencia a existência de normas com naturezas diversas, mas que atuam de forma complementar, de modo a incentivar o respeito o respeito ao regulamento sobre dados pessoais.

Dessa forma, o TJUE concluiu que, embora o direito à indenização previsto no artigo 82º possa desencorajar a repetição de condutas ilícitas, sua função é compensatória, não dissuasiva ou punitiva. E, no caso de danos imateriais, a gravidade da violação que os originou não deve influenciar o valor da indenização, pois esta deve assegurar a reparação integral do dano sofrido pela pessoa.

As ponderações do tribunal neste e em outros casos sobre a conceituação do dano no GDPR alinham-se com as considerações feitas neste trabalho sobre esse pressuposto da responsabilidade civil [3.2.3]. Assim, embora o conceito de dano no GDPR deva ser interpretado de forma ampla, incluindo o receio de abusos, ele se vincula a aspectos normativos compatíveis com os objetivos do regulamento europeu,

⁴⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **C-456/22**, Rel. Niilo Jääskinen, Terceira Seção. Julgado em 14 dez. 2023, §§ 18 a 23, p. 5..

⁴⁶¹ UNIÃO EUROPEIA, C-667/21, 2023, §§ 86 e 87, p. 20.

e não a sentimentos subjetivos. Ademais, o tribunal enfatiza tanto a necessidade de comprovação do dano quanto a função exclusivamente compensatória da reparação.

No Brasil, o dano na LGPD também foi objeto de decisão do STJ, embora sujeito a considerações críticas, conforme será exposto a seguir.

4.3.2 AREsp 2.130.619/SP (STJ)

O AREsp 2.130.619/SP foi, após a vigência da LGPD, o primeiro caso julgado por tribunal superior envolvendo proteção de dados pessoais e responsabilidade civil, por essa razão influenciou o debate e posteriores decisões sobre a matéria nos tribunais do Brasil.

O caso em questão trata de pedido de indenização por danos morais devido ao vazamento de dados pessoais pela Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo SA (ENEL).

A requereu a reparação por danos morais em virtude do vazamento e compartilhamento indevidos de seus dados pessoais, incluindo nome completo, RG, gênero, data de nascimento, idade, telefones fixo e celular, endereço e informações relativas ao contrato de fornecimento de energia elétrica. Alegou que a exposição desses dados, que estavam sob sigilo e proteção da ENEL, resultou em compartilhamento com um número indeterminado de pessoas alheias à relação contratual, colocando-a em risco de fraudes e importunações.

A sentença julgou os pedidos improcedentes. Contudo, o acórdão do TJSP reformou a sentença para reconhecer que o vazamento de dados pessoais configura falha na prestação de serviço e condenar a empresa ao pagamento de danos morais.

A ENEL interpôs recurso especial, argumentando que a decisão se fundamentou unicamente no CDC, sem considerar a aplicação da LGPD, especialmente quanto às hipóteses de exclusão de responsabilidade. Alegou, ainda, que adota medidas para assegurar a segurança dos dados sob sua responsabilidade e que o evento danoso foi causado exclusivamente por terceiro. Por fim, apontou equívoco do TJSP ao classificar os dados pessoais objeto de vazamento como sensíveis, e, justamente, pela natureza comum deles inexistiria dano moral *in re ipsa*.

Assim, a questão central era determinar se o vazamento de dados pessoais comuns (não sensíveis) por si só configurava dano moral indenizável, ou se era

necessário que a autora comprovasse efetivamente o dano sofrido. Além disso, discutia-se se a concessionária poderia ser responsabilizada pelo vazamento, especialmente considerando a alegação de que o incidente teria sido causado por terceiro.

O STJ não examinou a aplicação das hipóteses de exclusão de responsabilidade previstas na LGPD. A análise restou prejudicada por questões processuais, em razão da ausência de prequestionamento da matéria.

No entanto, em sentido contrário ao acórdão do TJSP, foi reconhecido que os dados pessoais objeto do vazamento não eram sensíveis, eram “apenas dados de natureza comum, de cunho pessoal, mas não considerados de índole íntima, uma vez que passíveis apenas de identificação da pessoa natural”⁴⁶².

Como consequência, o STJ expôs que por serem dados comuns do dia a dia e fornecidos em qualquer cadastro, não são “acobertados por sigilo, e o conhecimento por terceiro em nada violaria o direito de personalidade da recorrida”⁴⁶³. Portanto, não seria possível a indenização por dano moral de vazamentos informados corriqueiramente.

O acórdão concluiu que:

O vazamento de dados pessoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável. Ou seja, o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações. Diferente seria se, de fato, estivéssemos diante de vazamento de dados sensíveis, que dizem respeito à intimidade da pessoa natural⁴⁶⁴.

Dessa maneira, por se tratar de “inconveniente” vazamento de dados pessoais comuns e a ausência de comprovação do dano, o qual não é presumido, foi dado provimento ao agravo em recurso especial na parte conhecida e reestabelecida a sentença de improcedência.

O acórdão do STJ em análise – de março de 2023 –, possivelmente reflete a falta de amadurecimento da discussão jurídica sobre proteção de dados pessoais à época de seu julgamento. Sua fundamentação contrasta de forma significativa com

⁴⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp. 2.130.619/SP**, Rel. Ministra Francisco Falcão, Segunda Turma. Julgado em 07 mar. 2023, [n.p.].

⁴⁶³ BRASIL, AREsp. 2.130.619/SP, 2023, [n.p.].

⁴⁶⁴ BRASIL, AREsp. 2.130.619/SP, 2023, [n.p.].

julgados posteriores, como o REsp 2.147.374/SP [4.1.2] e o REsp 2.077.278 [4.2.2], que abordam a temática com maior aprofundamento e alinhamento aos desenvolvimentos doutrinários no âmbito da LGPD.

Por um lado, o acórdão estabelece fundamentos que colocam em risco a aplicação da LGPD ou até contrariam seus princípios e objetivos. Por outro, apresenta conclusões positivas, mas baseadas em premissas inadequadas ou desalinhadas com a doutrina de proteção de dados pessoais.

O primeiro ponto de atenção refere-se à constante diferenciação da proteção entre dados pessoais “comuns” e dados pessoais sensíveis. Conforme exposto [2.1], a proteção de dados pessoais abrange todos os dados que se referem a uma pessoa física identificada ou identificável. O fato de um dado ser classificado como “comum” não implica menor proteção em relação aos dados sensíveis. Pelo contrário, a LGPD assegura a segurança de todos os dados pessoais, mas exige um nível maior de proteção para os dados sensíveis.

Portanto, partir da premissa de que incidentes de segurança envolvendo dados pessoais comuns não podem causar danos por não serem de natureza íntima é equivocado. A LGPD busca justamente combater uma cultura de descuido com os dados pessoais, a qual o acórdão parece naturalizar ao mencionar o vazamento de dados como “inconveniente exposição”.

O incidente de segurança deve ser analisado no âmbito da adequação das medidas de segurança compatíveis com a natureza, tipos de dados e risco da atividade de tratamento realizada. Assim, os dados fornecidos corriqueiramente não deixam de estar sob a proteção da lei.

Nesse sentido, é importante lembrar a paradigmática decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre a Lei do Censo em 1983 [2.2], que já reconhecia não existir dados irrelevantes para a privacidade⁴⁶⁵.

Por outro lado, a constatação de que o dano deve decorrer de incidente de segurança (nexo causal) e que o simples vazamento de dados pessoais não enseja, por si só, reparação por danos morais é correta (dano), apesar das críticas às suas

⁴⁶⁵ “*Também encontrou expressão na sentença uma ideia que influenciou fortemente a proteção de dados pessoais: a desmistificação da noção de que o tratamento de certos tipos de dados pessoais seria irrelevante para a privacidade*” (DONEDA, 2019, p. 167).

premissas. Apesar disso, o acórdão sugere que, se os dados vazados fossem sensíveis, o dano moral seria presumido.

Nesse ponto, cabe uma reflexão crítica sobre a presunção de dano moral, considerando o que foi exposto sobre o pressuposto do dano na responsabilidade civil [3.2.3]. O dano moral *in re ipsa* é mecanismo a ser evitado, primeiro porque não é compatível com o princípio da reparação integral, pois em certos casos restringe a reparação, pois não exige que o julgador faça um exame específico do caso concreto. Segundo porque serve de fundamento para fixar indenização em casos que efetivamente não há dano moral⁴⁶⁶.

Outra questão, não restrita a este acórdão, é a utilização do termo “dano moral” – ou “dano material” e “dano imaterial” nas decisões do TJUE. Há lesões que recaem sobre bens imateriais que são de natureza patrimonial. Por sua vez, o termo dano “moral” sugere que se restringe à violação da honra, sigilo e imagem – posição que tanto a sentença, quanto o acórdão do STJ parecem compartilhar.

Contudo, o objeto do dano moral também abrange outros bens jurídicos da personalidade humana, como o direito à proteção de dados pessoais, a identidade pessoal ou outro que expresse a personalidade. Por isso, defende-se a utilização dos termos “dano patrimonial” e “dano extrapatrimonial”, pois melhor expressam o conceito normativo de dano como lesão à bens jurídicos tutelados nas esferas jurídicas patrimoniais e extrapatrimoniais da pessoa.

A decisão ainda parece indicar que a proteção de dados pessoais comuns não seria devida por não estarem sujeitos a sigilo, o que demonstra uma visão centrada exclusivamente na segurança dos dados e que desconsidera o princípio da finalidade, aplicável, inclusive, a dados pessoais públicos.

Como exposto ao longo deste trabalho, a proteção de dados pessoais não se confunde com sigilo ou segurança, mas diz respeito à proteção da pessoa a quem os dados se referem. Equiparar a proteção de dados pessoais apenas ao sigilo desconsidera o desenvolvimento que o conceito de privacidade passou nas últimas décadas.

⁴⁶⁶ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Dano moral *in re ipsa* e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: PALHARES, Felipe (Coord.). **Estudos sobre privacidade e proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 241. Também criticam o dano moral *in re ipsa*: ROSENVALD; NETTO, 2024, p. 691 e PETEFFI DA SILVA, 2024, p. 83.

A privacidade deixou de ser compreendida apenas na dimensão negativa – de impedir a divulgação de certas informações – para assumir também uma dimensão positiva, relacionada ao controle sobre as próprias informações pessoais [2.1].

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi situar a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, seja como um direito autônomo, seja como uma dimensão moderna da privacidade, adequado à sociedade em rede ou da informação. Inicialmente, constatou-se que a proteção de dados pessoais não deve ser entendida como mera salvaguarda do dado em si. Na verdade, o dado vai além de seu significado isolado, pois, em conjunto, não apenas identifica, mas também representa e projeta a pessoa socialmente.

Considerando a distinção entre dado pessoal e informação pessoal – esta última é o conteúdo que se extrai a partir do dado –, concluiu-se que a proteção de dados pessoais não protege o dado em si. Ela deve ser compreendida como uma forma de tutela da pessoa, guardando íntima relação com os direitos da personalidade. Essa relação tornou-se ainda mais evidente com o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal.

Essa proteção, enquanto dimensão da personalidade, impõe aos agentes de tratamento deveres de proteção ao utilizar dados pessoais para diversas finalidades, as quais devem ser específicas e fundamentadas em uma base legal. A relevância dessa disciplina torna-se evidente quando se observa o crescimento econômico e tecnológico das atividades de tratamento de dados pessoais, impulsionado por tecnologias como inteligência artificial e formas sofisticadas de processamento de dados. Assim, a importância da proteção de dados pessoais tende a crescer na medida em que tais práticas se intensificam.

Após estabelecer a correlação entre proteção de dados pessoais e direitos da personalidade, foi proposta uma análise comparativa entre o desenvolvimento dessa disciplina na Europa e no Brasil. O pioneirismo europeu, que exerce profunda influência nessa matéria, deixou sua marca na LGPD. A proteção de dados pessoais não deve ser vista de forma desconectada do restante do ordenamento jurídico. Por isso, buscou-se situá-la nesse contexto, com ênfase nas situações que envolvam danos e ensejam a aplicação da responsabilidade civil.

Para isso, realizou-se uma retomada dos pressupostos da responsabilidade civil e de seu desenvolvimento ao longo do século XX, destacando a tensão constante entre os regimes subjetivo e objetivo. A evolução tecnológica e a complexidade social

contribuem para o surgimento de novas formas de causar danos, o que exige repensar esses elementos da responsabilidade civil na nova realidade.

Nesse contexto, analisou-se a estrutura da relação jurídica entre titulares de dados e agentes de tratamento, destacando que, na maioria dos casos, os danos decorrentes do tratamento de dados pessoais não estão relacionados à obrigação principal, mas sim à violação de interesses de proteção. Foi abordada, ainda, a teoria da obrigação como processo, proposta por Clóvis do Couto e Silva e aprofundada por Judith Martins-Costa, evidenciando que danos patrimoniais, extrapatrimoniais, individuais ou coletivos podem surgir dessas relações obrigacionais.

Ao examinar os pressupostos da responsabilidade civil, estabeleceu-se um paralelo entre os pressupostos desse instituto e as previsões da LGPD. Particular atenção foi dada à conduta culposa, destacando-se a exigência que os agentes de tratamento adotem medidas de segurança adequadas para prevenir danos. A análise do nexo causal revelou-se essencial para vincular uma conduta negligente ou omissa ao resultado danoso. Além disso, o dano, que pode se manifestar de várias formas, deve ser demonstrado a fim de permitir a reparação ou compensação da pessoa.

Concluiu-se que o regime de responsabilidade civil adotado na LGPD é subjetivo com presunção da culpa, pois é o que melhor reflete os princípios, deveres e obrigações da lei em harmoniza com o ordenamento jurídico.

Por fim, a análise de casos concretos buscou ilustrar as complexidades práticas da interseção entre proteção de dados pessoais e responsabilidade civil. Casos emblemáticos foram destacados para demonstrar como os tribunais têm interpretado e aplicado os conceitos da LGPD, evidenciando os desafios de sua aplicação diante de situações concretas.

A partir do percurso traçado ao longo deste trabalho, as reflexões apresentadas almejam contribuir para a formação de uma cultura jurídica voltada à proteção de dados pessoais no Brasil. Observa-se que a aplicação da lei, o desenvolvimento dos conceitos e a atuação tanto judicial quanto administrativa das autoridades, assim como a disseminação do debate sobre o tema, têm demonstrado o progressivo amadurecimento dessa disciplina no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ABIN. **Engenharia Social**. Guia para Proteção de Conhecimentos Sensíveis. [S. l.]: ABIN, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/abin/pt-br/institucional/acoes-e-programas/PNPC/boas-praticas-1>. Acesso em: 20 dez. 2024.
- ADAM, Roberto; TIZZANO, Antonio. **Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea**. 4ª edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.
- ALMEIDA, Bruno Costa de. **Causalidade no incidente de violação da segurança do dado pessoal**. 2023. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ANPD. **Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado**. 2ª ed. Brasília: ANPD, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/Segunda_Versao_do_Guia_de_Agentes_de_Tratamento_retificada.pdf.
- ANPD. **Balanco 4 anos**. [S. l.]: ANPD, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/anpd-balanco-4-anos.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2024.
- ANPD. **Resolução CD/ANPD nº 15, de 24 de abril de 2024**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-15-de-24-de-abril-de-2024-556243024>.
- ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 4/2007 on the concept of personal data**. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm.
- ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 3/2010 on the principle of accountability**. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil. **Revista de Direito Comercial**, 2018. Disponível em: <https://www.revistadedireitocomercial.com/data-controllers-e-data-processors>.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª ed. 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.
- BIONI, Bruno; RIELLI, Mariana Marques. A Construção Multissetorial da LGPD: história e aprendizados. In: BIONI, Bruno (Org.). **Proteção de Dados: contexto,**

narrativas e elementos fundantes. São Paulo: B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia, 2021. *E-book*.

BISNETO, Cícero Dantas. Reparação por danos morais pela violação à LGPD e ao RGPD: uma abordagem de direito comparado. **Civilistica.com**, v. 9, n. 3, p. 1-29, 2020.

BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (Coords.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito proativo. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1-6, 2019.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa. In: **Cadernos Adenauer.** Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2019, ano XX, n. 3, p. 113-135.

BRADFORD, Anu. **The Brussels effect: how the European Union rules the world.** New York: Oxford University Press, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.373.788/SP**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma. Julgado em 06 mai. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp. 2.130.619/SP**, Rel. Ministra Francisco Falcão, Segunda Turma. Julgado em 07 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 2.077.278/SP**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 03 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 2.147.374/SP**, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma. Julgado em 03 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF**, Rel. Ministra Rosa Weber, Plenário. Julgado em 07 mai. 2020.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CALZOLAIO, Simone. Protezione dei dati personali. In: SACCO, Rodolfo (Org.). **Digesto delle discipline pubblicistiche.** Milano: UTET Giuridica, 2017, p. 594-635.

CALZOLAIO, Simone. Vulnerabilità della società digitale e ordinamento costituzionale dei dati. **Rivista italiana di informatica e diritto**, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 13-33, 2024.

CAPANEMA, Walter Aranha. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. **Cadernos Jurídicos, São Paulo**, ano 21, n. 53, p. 163-170, 2020.

CARDOSO, João Victor Gontijo, O dano moral 'in re ipsa' e o tratamento indevido de dados sob o prisma dos julgados: REsp 1.758.799/MG e ADI 6387 MC-REF, **Revista IBERC**, v. 4, n. 1, p. 133–153, 2021.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação**: economia, sociedade e cultura, vol. 1: a Sociedade em Rede. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2011.

CATE, Fred H; CULLEN, Peter; MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Data Protection Principles for the 21st Century**: revising the 1980 OECD guidelines. Oxford: Oxford Internet Institute, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa De Responsabilidade Civil**. 16ª ed. Barueri: Editora Atlas, 2023.

CORRÊA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado: um novo objeto para o direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S. l.], v. 44, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v44i0.9416>.

CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR AND EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. **Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2018.

COUTINHO, Jorge Henrique Anoroza. A noção de interesse juridicamente protegido como elemento do conceito de dano na responsabilidade civil extranegocial. **Revista Fórum de Direito Civil**, v. 13, n. 35, Belo Horizonte: Fórum, 2024.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CRUZ, Gisela Sampaio da. Reparação integral (princípio da). A correlação entre o dano e a indenização. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). **Dicionário de princípios jurídicos**. São Paulo: Elsevier, 2011.

CRUZ, Gisela Sampaio da. Prevenção (princípio da). A correlação entre o dano e a indenização. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). **Dicionário de princípios jurídicos**. São Paulo: Elsevier, 2011b.

DATA PRIVACY BRASIL. Memória da LGPD, Episódio 3/5. Observatório da Privacidade. Disponível em: <https://observatorioprivacidade.com.br/memoria/2018-uma-conjuncao-astral>. Acesso em: 26 nov. 2024.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. v. 1, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao Novo Código Civil**. Vol. XIII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. E-book. p. 167.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-3878-9/>. Acesso em: 09 dez. 2024.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. **Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR**. Versão 2.1. Disponível em: https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-072020-concepts-controller-and-processor-gdpr_en.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. **Contribution of the EDPB to the report on the application of the GDPR under Article 97**, 12 dez. 2023. Disponível em: https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/contribution-edpb-report-application-gdpr-under-article-97-2023_en. Acesso em: 20 nov. 2024.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Opinion 14/2023 on the negotiating mandate to conclude an international agreement on the exchange of personal data between Europol and Brazilian law enforcement authorities**. Disponível em: https://www.edps.europa.eu/system/files/2023-05/2023-05-03_edps_opinion_14-2023_brazil_en.pdf. Acesso em: 11 nov. 2024.

FEDERICO, Caterina del; POPOLI, Anna Rita. Disposizioni generali. In: FINOCCHIARO, Giusella (Org.). **Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali**. Bologna: Zanichelli Editore, 2017.

FINOCCHIARO, Giusella. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems. **Il Diritto dell'informazione e dell'informatica**. [S. l.], v. 4-5, 779-799, 2015.

FINOCCHIARO, Giusella. Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo. In: FINOCCHIARO, Giusella (Org.). **Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali**. Bologna: Zanichelli Editore, 2017.

FINOCCHIARO, Giusella. POLLA, Rafael Montilla (trad.). Inteligência artificial e proteção de dados pessoais. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 36, n. 10, p. 211-229, 2023.

FLORENCE, Tatiana Magalhães, Apontamentos sobre a responsabilidade civil no tratamento de dados. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 30, n. 04, p. 223-223, 2021.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; VIOLA, Rafael. Perspectivas sobre o nexo de causalidade: passado, presente e futuro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 29, n. 8, p. 207-240, 2021.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção Jurídica de Dados Pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S. l.], v. 47, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v47i0.15738>.

GONDIM, Glenda Gonçalves. A responsabilidade civil no uso indevido dos dados pessoais, **Revista IBERC**, v. 4, n. 1, p. 19–34, 2021.

GSM Association. **A Economia Móvel na América Latina**. [S. l.]: GSMA, 2024. Disponível em: <https://www.gsma.com/solutions-and-impact/connectivity-for-good/mobile-economy/latam>. Acesso em: 04 out. 2024.

GSM Association. **The Mobile Economy 2024**. [S. l.]: GSMA, 2024. Disponível em: <https://www.gsma.com/solutions-and-impact/connectivity-for-good/mobile-economy>. Acesso em: 04 out. 2024.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana e OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Regime de responsabilidade adotado pela Lei de Proteção de Dados brasileira. In: SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscilla (Orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Dano moral *in re ipsa* e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: PALHARES, Felipe (Coord.). **Estudos sobre privacidade e proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Na pauta do STJ: solidariedade, regresso e causalidade**. In: AGIRE. Direito Privado em Ação, nº 70, 2023. Disponível em: <https://agiredireitoprivado.substack.com/publish/post/129247909>.

HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. **Revista dos Tribunais**, v. 900, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

ITS Rio. **Árvore regulatória na União Europeia**: lições para regulação de IA no Brasil. Disponível em: <https://ai.vozesdaregulacao.org.br/relatorio-arvore-regulatoria-ue-ia>. Acesso em: 10 set. 2024.

KALYVAS, James R.; OVERLY, Michael R. **Big Data**: A Business and Legal Guide. Boca Raton: CRC Press, 2014. *Ebook*.

KONDER, Carlos Nelson; LIMA, Marco Antônio de Almeida. Responsabilidade civil dos advogados no tratamento de dados à luz da Lei nº 13.709/2018. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo. **Direito Civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**: introdução da constituição das obrigações. 5ª ed. Coimbra: Almedina, v. I, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. As consequências da pandemia e o caso fortuito ou força maior. In: ANASTASIA, Antonio; TOFFOLI, Dias; TEBET, Simone (Org.). **Comentários ao REJET (Lei 14.010/2020) pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira. Agentes de Tratamento de Dados Pessoais (Controlador, Operador e Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais). In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LONGHI, João Vitor Rozatti. Discurso de ódio (*hate speech*) e a censura reversa na internet. In: LONGHI, João Vitor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar e REIS, Guilherme (Orgs.). **Fundamentos do Direito Digital**. Uberlândia: LAECC, 2020.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 105, p. 1223-1234, jan./fev. 2010. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67932>.

MANTUCCI, Daniele. **L'inadempimento reciproco**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Parsons, Reale e as estruturas sociais – o conceito de atividade geradora de risco na cláusula geral de responsabilidade objetiva do código civil. In: SIMÃO, José Fernando; PAVINATTO, Tiago (Orgs.). **Liber Amicorum Teresa Ancona Lopez**: estudos sobre responsabilidade civil. São Paulo: Almedina Brasil, 2021.

MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol. 2, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTELLO, Alexandre. Equipe econômica defende adesão do Brasil à OCDE e continuidade de reformas. **G1**, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/equipe-economica-defende-adesao-do-brasil-a-ocde-e-continuidade-de-reformas.ghtm>. Acesso em: 26 nov. 2024.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, t. I, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Inadimplemento das Obrigações. Volume V, Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 3, n. 9, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **O conceito de dano na responsabilidade civil**. In: AGIRE. *Direito Privado em Ação*, nº 84, 2023, n.p. Disponível em: <https://agiredireitoprivado.substack.com/p/agire84>. Acesso em 13 jan. 2025.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Generational Development of Data Protection in Europe*. In: AGRE, Philip; ROTENBERG, Marc (Orgs.). **Technology and privacy: the new landscape**. Cambridge: MIT Press, 1997.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 20, v. 79, jul./set. 2011.

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. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, ano 27, p. 469-483. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez., 2018.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, nov./dez. 2019.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz e BIONI, Bruno (Orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O Supremo Tribunal Federal, a proteção constitucional dos dados pessoais e a positivação superveniente introdução de um direito fundamental autônomo. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz e BIONI, Bruno (Orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MENDES, Laura Schertel; FUJIMOTO, Mônica. **Painel LGPD nos Tribunais**. Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: ARAÚJO, Fernando (Org.). **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 5, n. 1, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-1/186>.

MIDIRI, Mario. Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant. **Federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo**, n. 14, mai. 2020.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 1009, p. 173-222. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2019.

NERY, Carmen. Em 2023, 88,0% das pessoas com 10 anos ou mais utilizaram Internet. **Agência de notícias IBGE**, 2024. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/41026-em-2023-87-2-das-pessoas-com-10-anos-ou-mais-utilizaram-internet>. Acesso em: 04 out. 2024.

NERY, Carmen. Internet foi acessada em 72,5 milhões de domicílios do país em 2023. **Agência de notícias IBGE**, 2024. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/41024-internet-foi-acessada-em-72-5-milhoes-de-domicilios-do-pais-em-2023>. Acesso em: 04 out. 2024.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v. 1, p. 145-195, 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

NOVAKOSKI, André Luis Mota; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. **Responsabilidade civil na LGPD: problemas e soluções**. **Conpedi Law Review**, v. 6, n. 1, 2020.

NUNES, Ana Luisa Tarter. O regime dual de responsabilidade civil pelo tratamento irregular de dados pessoais. In MARQUES, Claudia Lima; MARTINS, Fernando Rodrigues; MARTINS, Guilherme Magalhães; BESSA, Leonardo Roscoe. **5 anos de LGPD**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/332868458/v1>. Acesso em: 15 jul. 2024.

OCDE. **OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. Paris: OECD Publishing, 2002.

OCDE. **Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being**. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en>. Acesso em: 04 nov. 2024.

OCDE. **Explanatory memoranda of the OECD Privacy Guidelines**. OECD Digital Economy Papers, n. 360. Paris: OECD Publishing, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/ea4e9759-en>.

OCDE. **Recommendation of the Council concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0188>. Acesso em: 4 nov. 2024.

PAGANELLA, Victoria Dickow. **O nexo de imputação da responsabilidade civil na proteção de dados pessoais**. Londrina: Thoth, 2022.

PAIM, Bruna Werlang; GONÇALVES, Lukas Ruthes. A responsabilidade civil no tratamento de dados pessoais pelas aplicações de inteligência artificial. In: WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado**. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2020.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 18, n. 6, p. 169-214, 2020.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 38, n. 11, p. 33-107, 2024.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo VII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

QUEIROZ, João Quinelato de. **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**: critérios de imputação objetiva. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

RODOTÀ, Stefano. ALPA, Guido. **Tecnologie e diritti**. Nuova edizione aggiornata. Bologna: Il mulino, 2021. *E-book*.

ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. **Responsabilidade Civil**: teoria geral. Indaiatuba: Editora Foco, 2024.

SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz e BIONI, Bruno (Orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

STEINER, Renata. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

STEINER, Renata. **Interesse positivo e interesse negativo**: a reparação de danos no direito privado brasileiro. 362 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 10^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 97-115, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o dano moral no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 30, n. 04, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade civil dos agentes de tratamento. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Boas (Orgs.). **Compliance e políticas de proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **COM(2020) 264**. Data protection as a pillar of citizens' empowerment and the EU's approach to the digital transition - two years of application of the General Data Protection Regulation, 24 jun. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0264>. Acesso em: 20 nov. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **COM(2024) 357**. Second Report on the application of the General Data Protection Regulation, 25 jul. 2024, p. 10-11. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52024DC0357>. Acesso em: 23 dez. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **C-300/21**, Rel. Niilo Jääskinen, Terceira Seção. Julgado em 04 mai. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **C-340/21**, Rel. Niilo Jääskinen, Terceira Seção. Julgado em 14 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **C-456/22**, Rel. Niilo Jääskinen, Terceira Seção. Julgado em 14 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **C-667/21**, Rel. Niilo Jääskinen, Terceira Seção. Julgado em 21 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **C-687/24**, Rel. Niilo Jääskinen, Terceira Seção. Julgado em 25 jan. 2024.

University of California Television (UCTV). **Conversations with History: Manuel Castells**. YouTube, 15 de fev. 2008. Disponível em: youtu.be/0GBB7U5mv0w?si=PQRbqiZuOO8wMyNC&t=1180. Acesso em: 02 nov. 2024.

ZANATTA, Rafael. Tutela coletiva e coletivização da proteção de dados pessoais. In: PALHARES, Felipe (Coord.). **Temas Atuais de Proteção de Dados**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. **Journal of Information Technology**, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015.