

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOÃO PAULO FIOROT PAGOTTO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

**VITÓRIA
2023**

JOÃO PAULO FIOROT PAGOTTO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^a Ivana Bonesi Rodrigues Lellis.

VITÓRIA
2023

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus, que está sempre comigo me dando forças para continuar, mesmo nos momentos que eu menos imagino que teria.

Quero também agradecer à minha mãe e ao meu pai, pelo carinho e esforço que empenharam em mim, assim como por todo o suporte que venho recebendo até aqui. À minha mãe, que foi professora e conhecia as dificuldades do ambiente acadêmico e que me ajudou nesse aspecto enquanto em vida, além de todo apoio emocional que recebi. Ao meu pai, que sempre forneceu todos os meios materiais e serve de exemplo para eu atingir os objetivos que me proponho alcançar.

Agradeço aos demais familiares, pelo incentivo e pela preocupação que também têm para comigo, pessoas essas que tenho certeza de que posso contar quando preciso. Agradeço também os meus amigos, por acreditarem no meu potencial e por serem pessoas que sempre estão ao meu lado, mesmo que a distância se imponha.

Por fim, gostaria de agradecer a todo o corpo docente da Faculdade de Direito de Vitória, pela formação de excelência concedida. Em especial, agradeço à professora Ivana Bonesi Rodrigues Lellis, minha orientadora, por acreditar na minha capacidade e me dar todo o suporte durante o desenvolvimento deste trabalho.

E a todos os demais que, de uma forma ou de outra, acreditaram em mim.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar o regime de responsabilidade civil adotado pela nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, à luz dos parâmetros constitucionais, em especial da proteção de dados pessoais – elevada agora a direito fundamental pela atual Constituição da República (art. 5º. LXXIX da CRFB/88). Para tanto, busca-se inicialmente definir alguns conceitos relativos ao tratamento de dados pessoais, para melhor localização do leitor no tema. Elenca-se os princípios norteadores da aplicação da nova legislação de dados, de modo a entender os objetivos que o legislador teve ao propor tal lei, objetivos estes que devem ser respeitados pelos julgadores e outros operadores do direito. Após, será realizada uma abordagem acerca da responsabilidade civil adotada em nosso ordenamento jurídico, que servirá como base para o entendimento do próximo capítulo: o estudo da responsabilidade civil adotada na LGPD. Subsequentemente, parte-se para análise do tratamento dado pela LGPD à responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais, o qual difere do regime geral adotado pelo Código Civil, assim como não se encaixa adequadamente no regime adotado pelo Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, será ainda realizada comparação com o código consumerista, tendo em vista que grande parte das relações de tratamento de dados também se confundem em relações de consumo, atraindo para si ambos os diplomas. Ao final, busca-se entender se o regime adotado pela LGPD está compatível com os preceitos constitucionais, bem como se será capaz de efetivar a proteção de dados pessoais do titular.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais. Tratamento de dados pessoais. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Responsabilidade Civil. Direito do consumidor.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the civil liability regime adopted by the Brazilian General Data Protection Act, according to the constitutional parameters, particularly the protection of personal data - now raised as a fundamental right by the Brazilian Constitution (section 5th, item LXXIX of the Brazilian Constitution). For this purpose, an initial attempt is made to define some concepts relative to the treatment of personal data, for the reader's better understanding of the theme. The guiding principles of the new data legislation will be listed, in order to one's understanding of the objectives pursued by the legislator when proposing such law, which must be respected by judges and other law operators. After that, an approach will be made about the civil liability adopted in our legal system, which will serve as a basis for the understanding of the next chapter: the study of civil liability adopted in the Brazilian data law. Following this, we will analyze the treatment given by the law to the civil liability of personal data agents, which differs from the general regime adopted by the Brazilian Civil Code as well as it doesn't fit into the Consumer Protection Code liability regime. In this sense, a comparison should also be made with the consumerist code, bearing in mind that a large part of data treatment operations also intersects with the consumer law, attracting both diplomas. At the end, we seek to understand whether the regime adopted by the GDPR is compatible with the constitutional guidelines, as well as whether it will be able to enforce the protection of the holder's personal data.

Keywords: Personal data protection. Personal data processing. General Data Protection Act. Civil Liability. Consumer rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DADOS PESSOAIS E SUA PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	9
1.1. DADOS PESSOAIS, CONCEITOS E FUNDAMENTOS	9
1.1.1. Dados pessoais e dados pessoais sensíveis	11
1.2. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À PRIVACIDADE	14
1.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	16
1.4. PRINCÍPIOS NORTEADORES À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	19
2. RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS	23
2.1. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	25
2.1.1. Excludentes de ilicitude	29
2.2. A CRESCENTE OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO	32
2.2.1. Uma análise da responsabilização civil adotada pelo CDC	35
3. APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	38
3.1. TRATAMENTO CONFERIDO AOS OPERADORES DE DADOS PESSOAIS APÓS A VIGÊNCIA DA LGPD	38
3.1.1. Culpa presumida dos agentes de tratamento	40
3.1.2. Excludentes de ilicitude e inversão do ônus da prova	41
3.1.3. Relação de consumo e aplicação subsidiária do CDC	42
3.2. UMA NOVA INTERPRETAÇÃO DA LGPD SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE	44

3.2.1. A efetividade da responsabilidade civil para fins de efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

Embora a sociedade tenha desde quase sempre lidado com dados pessoais entre seus cidadãos, o avanço significativo da tecnologia de informação – especialmente nas últimas décadas – revolucionou a maneira como pessoas e instituições lidam com os dados e informações. De modo mais específico, a nova era informacional trouxe consigo a possibilidade de se administrar bases de dados em escala jamais experimentada na história conhecida, o que gerou, além de seus benefícios, novos desafios que antes não teriam tanta importância.

A era da informação trouxe a automatização de muitas funções e o advento de grandes centrais de armazenamento e processamento de dados – *Big Data*, inteligência artificial e *cloud computing* são alguns dos resultados que vivenciamos atualmente –, ao mesmo tempo que promoveu a democratização e a descentralização das operações de dados, por meio da internet – a exemplo do *Blockchain* e das criptomoedas. Fica visível que, a cada dia que se passa, a velocidade do avanço tecnológico em computadores torna-se mais acelerada, o que é inclusive conhecido na área da engenharia da computação como Lei de Moore¹.

Novas revoluções tecnológicas, como a internet 4.0 e a computação quântica, detêm potencial de tornar a sociedade ainda mais dependente do processamento de dados, demandando assim medidas eficientes de proteção de dados – especialmente os dados pessoais – a serem desenvolvidas em um mesmo ritmo.

Na retaguarda desse movimento, o Direito tenta buscar maneiras de acompanhar tal evolução. Especialmente quando o desenvolvimento tecnológico começa a esbarrar em situações sensíveis, como os direitos da personalidade e o próprio direito à privacidade, começou-se a se prestar maior atenção à questão do tratamento de dados pessoais no âmbito jurídico.

¹ Segundo informação retirada do site oficial da Intel, Gordon Moore teria previsto que o número de transistores em um chip dobraria aproximadamente a cada dois anos. Vide site oficial: <<https://download.intel.com/newsroom/2022/manufacturing/Intel-Moores-Law-Investor-Meeting-Paper-final.pdf>>. Acesso em 25 maio 2023.

Tal tendência foi mais perceptível na Europa, onde ao longo do tempo foram criadas diretrizes e convenções – como a Convenção 108 de 1981 – para que leis e outras medidas regulatórias de proteção de dados pessoais pudessem ser implantadas em seus respectivos países. A regulamentação europeia avançou, de modo que culminou na implementação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais – o GDPR, em 2018.

O Brasil também sentiu a necessidade de regulamentação do tema, tendo em vista a rápido desenvolvimento tecnológico e a expansão de serviços que utilizam o tratamento de dados pessoais por aqui. Inspirando-se no GDPR europeu, foi promulgada em nosso país a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD – também em 2018, mas cujos efeitos só incidiriam em sua totalidade a partir de 2021. Além disso, há de se considerar que a proteção de dados pessoais foi elevada a direito fundamental, pela Constituição da República, o que torna ainda mais importante a aplicação de seus preceitos, eis que agora possui mesmo status hierárquico de outras importantes normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, o que se busca neste trabalho é analisar o tratamento dado à responsabilidade civil dos agentes (controladores e operadores) que realizam o tratamento de dados pessoais no Brasil, comparando-o ao regime geral de responsabilidade civil adotado em nossa legislação, bem como suas exceções (art. 927, p.º do Código Civil e leis esparsas).

Buscar-se-á entender quais as bases principiológicas foram utilizadas para a proteção do titular de dados pessoais, bem como a sua relação com o regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD. Ademais, considerando que em boa parte das relações jurídicas de tratamento de dados envolvem também uma relação de consumo, procurar-se-á comparar o modo de interação que a LGPD possui com a legislação consumerista, admitindo-se ainda o diálogo entre fontes entre ambos os diplomas legais.

O objetivo deste trabalho é, portanto, estudar se o regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD será capaz de efetivar o direito fundamental à proteção de dados pessoais ou se será mais adequado uma nova interpretação acerca desse instituto.

1. DADOS PESSOAIS E SUA PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1. DADOS PESSOAIS, CONCEITOS E FUNDAMENTOS

Como normalmente acontece na prática, a tecnologia quase sempre avança em um nível muito mais ágil que o Direito e as regulamentações. Aliás, muitas vezes a tecnologia impõe a necessidade de inovações ao Direito justamente pela sua característica disruptiva e pela mudança de paradigmas promovida. Com o advento de tecnologias de capacidade de armazenamento, tratamento e distribuição em massa de dados, surgiu ao direito o desafio de proteção jurídica à pessoa humana também nesse aspecto. Entretanto, até a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD - não havia uma regulamentação geral em forma de lei destinada especificamente à proteção de dados pessoais no nosso ordenamento jurídico², apesar de o Marco Civil da Internet trazer balizas iniciais para o armazenamento e o tratamento de dados pessoais³.

Observe-se que, assim como o direito não busca regular todo e qualquer evento ocorrido no mundo dos fatos (mas somente aqueles que possuem relevância jurídica)⁴, também não será qualquer tipo de dado ou informação que a LGPD procurará regular, mas somente aqueles que possam violar os bens jurídicos relativos a um cidadão. É válido destacar que a LGPD não incidirá sobre o tratamento de quaisquer tipos de dados, mas somente aqueles que sejam por natureza dados pessoais, ou seja, dados que contenham informações sobre indivíduos naturais.

Dito isso, a LGPD define em seu art. 5º um rol de conceitos e terminologias relevantes para os fins de sua atuação. Entre eles, o mais importante talvez seja o conceito do

² “No Brasil, até agosto de 2018, não se dispunha de lei específica para a proteção dos dados pessoais. Sua tutela era pleiteada com base em determinadas previsões estabelecidas na Constituição Federal e em algumas normas setoriais [...]” (DE TEFFÉ; TEPEDINO, 2020, p. 85)

³ O Marco Civil da Internet introduziu o conceito de dados pessoais, em seu art. 3º, III, e trouxe parâmetros para o tratamento de dados pessoais (arts.10 e seguintes). Porém, tais disposições não eram suficientes para abarcar todos os espaços de tratamento de dados pessoais, especialmente porque a atuação da lei estava contida às relações jurídicas praticadas por meio da internet.

⁴ Para tanto, explica Pontes de Miranda, “Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade” (PONTES DE MIRANDA, 1972, apud MELLO, 2022, p. 60).

termo “dados pessoais”, tendo em vista que as diversas regulações ao redor do mundo⁵ (incluída a LGPD) o trazem como elemento chave para definir seu escopo e limite de atuação jurídica.

A definição mais sucinta acerca de dados pessoais encontra-se disposta no inciso I do art. 5º, como sendo a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Nota-se aqui que há a utilização do termo “informação” ao invés de “dado” pessoal.

Afinal, seria uma informação ou dado pessoal? Embora a lei utilize os termos como sinônimos, ora alternando entre um e outro, por certo que há uma diferença sutil porém existente entre ambos. Conforme explica Danilo Doneda, cada um carrega um peso particular próprio a ser considerado: o dado estaria associado a uma espécie de “pré-informação” anterior à interpretação e ao processo de elaboração (ou seja, uma espécie de “pacote” por onde a informação será transmitida); já a informação consiste em algo além da representação contida no dado, algo próximo a se exercer a cognição, ainda que não seja o próprio significado em si (DONEDA, 2011, p. 94). Observa-se que, ainda assim, ambos os termos são dotados de uma incerteza entre si e, por isso mesmo, acabam por ser utilizados de forma sobreposta e alternada.

Outro aspecto do conceito de dados pessoais diz respeito aos termos “identificada ou identificável”. Há aqui a proteção não somente para as informações que identificam determinado titular, mas também àquelas que em conjunto com outras informações num mesmo ambiente (como um banco de dados) possam vir a identificar o titular de dados, ainda que, isoladamente, não o identifiquem. Bruno Bioni explica se tratar de uma visão expansionista do conceito de dado pessoal, conforme se observa a seguir (BIONI, 2015, p.17):

A expansionista aposta em uma lógica mais flexível, que desconsidera a associação exata entre uma informação e uma pessoa. Dado pessoal pode ser qualquer tipo de informação que permita a sua identificação, ainda que o vínculo entre o dado e um indivíduo não seja estabelecido de prontidão, mas

⁵ Segundo (SCHWARTZ; SOLOVE, 2011, p. 1.816), “a informação pessoalmente identificável é um dos conceitos mais centrais dentro da regulação da privacidade. Ela define o escopo e os limites de uma ampla gama de estatutos e regulações de privacidade” (tradução nossa). “PII is one of the most central concepts in privacy regulation. It defines the scope and boundaries of a large range of privacy statutes and regulations”.

de forma mediata ou indireta. Um dado para ser pessoal deve ser, portanto, a projeção de uma pessoa identificável.

De modo geral, o que se busca aqui é estabelecer um vínculo objetivo entre a informação e o sujeito ao qual ela diz respeito, de modo a conferir maior proteção aos direitos da personalidade. Mais ainda, afastam-se desse âmbito de proteção outros tipos de informações que, embora possam até ter alguma relação com a pessoa, não são propriamente consideradas como informações pessoais (DONEDA, 2011, p. 93).

Acerca dos dados anônimos, afirma Bruno Bioni (BIONI, 2021, p. 61) que estes poderiam ser considerados, em tese, como antíteses dos dados pessoais, dada a incapacidade de revelar a identidade do indivíduo. Tal fato se deve à quebra de vínculo entre a informação e o respectivo titular, por meio de técnicas chamadas de “anonimização”. Encontram-se dispostos no art. 5º, III, da LGPD. Embora seja possível o emprego de técnicas avançadas para tanto, Bioni considera que elas não seriam infalíveis em impedir a reversibilidade da anonimização (BIONI, 2015, p. 27).

Em sua visão:

Torna-se cada vez mais recorrente a publicação de estudos que demonstram ser o processo de anonimização algo falível. A representação simbólica de que os vínculos de identificação de uma base de dados poderiam ser completamente eliminados, garantindo-se, com 100% (cem por cento) de eficiência, o anonimato das pessoas é um mito.

Por isso mesmo, considera que a visão expansionista do conceito de dado pessoal não coaduna com a existência de dados anônimos, dado que, em última instância, qualquer anonimização pode ser reversível e que os dados anônimos potencialmente e provavelmente seriam dados relacionados a uma pessoa identificável (BIONI, 2015, p. 30-31).

1.1.1. Dados pessoais e dados pessoais sensíveis

Importante relevância deve ser dada ao termo “dado pessoal sensível”, presente no art. 5º, inciso II da LGPD. Não se confunde com o termo original “dado pessoal” e é, na verdade, uma espécie derivada deste último (DONEDA, 2021, p. RB-2.3). Trata-se de uma diferenciação direcionada a oferecer maior tutela sobre um determinado tipo de informações, em virtude do conteúdo que elas carregam sobre si. Em outras

palavras, determinados tipos de informações do titular podem ultrapassar a mera identificação pessoal do indivíduo, mas ainda denotar características, preferências e gostos que atingem o seu campo de intimidade.

Não por outro motivo deu a LGPD o devido apreço ao realizar tal diferenciação: aspectos personalíssimos da vida individual, como origem racial e étnica, convicção religiosa, orientação política ou mesmo dados relacionados à vida sexual, dados biométricos e genéticos – entre outros dispostos no referido inciso – são passíveis de oferecer maior dano ao titular em caso de violações de dados ou utilização indevida, uma vez que afetam diretamente aos direitos da personalidade, e requerem, portanto, proteção mais rigorosa da lei.

Caitlin Sampaio Mulholland revela que, embora a LGPD tenha dado maior amplitude ao conceito de dados sensíveis, tal denominação já encontrava espaço no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/11), que em seu art. 3º, § 3º, II proíbe a utilização de informações sensíveis em anotações em banco de dados para fins de análise de crédito⁶. Mulholland aponta ainda a aplicação do princípio da não discriminação como sendo o mais relevante, em se tratando de dados sensíveis, uma vez que busca impedir que a exposição desse tipo de dados possa levar a um tratamento discriminatório e a segregação entre indivíduos, seja por particulares ou mesmo pelos entes públicos (MULHOLLAND, 2018, p. 166).

Acerca do tratamento de dados, consiste basicamente em qualquer operação realizada com dados pessoais, desde a simples coleta de dados, assim como qualquer utilização, em seus mais diversos âmbitos, conforme é possível observar pelo texto contido no art. 5º, X da LGPD.

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

⁶ O art. 3º, § 3º, II da Lei 12.414/11 trouxe a primeira conceituação geral sobre o que pode ser considerado como informação sensível, para fins de aplicação da lei. Vide p.165-166. (MULHOLLAND, 2018)

Nesse sentido, a LGPD elenca um rol taxativo para o tratamento de dados pessoais, em seu art. 7º e incisos. Em outras palavras, os operadores de dados somente poderão realizar o tratamento caso se encontrem enquadrados em ao menos uma das hipóteses contidas nos incisos, ou seja, deverão atender alguma das finalidades descritas ou, ao menos, ter obtido o consentimento prévio do titular. No caso de tratamento de dados sensíveis, as hipóteses são ainda mais restritivas e devem observar especificamente as regras do art. 11 da LGPD. Dessa forma, somente poderá ser realizado mediante consentimento específico e destacado do titular, ou nos casos especificados no inciso II e alíneas, do art. 11 da LGPD.

Observa-se que o consentimento do titular possui papel de proeminência na validade do tratamento de dados, uma vez que age como hipótese subsidiária para legitimação do tratamento de dados ao mesmo tempo que coloca o titular de dados como protagonista na relação. Nesse sentido, explicam De Teffé e Tepedino (DE TEFFÉ, C. A. S.; TEPEDINO, G., 2020, p. 93):

O consentimento representa instrumento de manifestação individual no campo dos direitos da personalidade e tem o papel de legitimar que terceiros utilizem, em alguma medida, os dados de seu titular. Ele compreende a liberdade de escolha, sendo meio para a construção e delimitação da esfera privada. Associa-se, portanto, à autodeterminação existencial e informacional do ser humano, mostrando-se imprescindível à proteção do indivíduo e à circulação de informações.

Se por um lado o controlador de dados pode se utilizar do consentimento do usuário para realizar o tratamento de dados nos casos em que não esteja amparado em hipótese que automaticamente o autorize, por outro impõe-se a ele alguns deveres para a obtenção desse consentimento, caso contrário poderá ser considerado nulo o consentimento fornecido. Mais ainda, o controlador está sempre adstrito à finalidade para a qual o titular de dados consentiu no fornecimento, de modo que o controlador não poderá utilizar dados do titular para propósitos que não aquele especificado quando da obtenção do consentimento, bem como o titular poderá a qualquer tempo revogar tal autorização.

Trata-se, ainda, de uma garantia de resguardo, pelo legislador, da autonomia da vontade do titular de dados contra abusos por parte dos agentes de tratamento de dados, eis que muitas vezes o titular encontra-se em posição de hipossuficiência em

relação ao agente de tratamento, sendo forçado a aceitar contratos de adesão que não necessariamente expressam sua vontade, mas que, em caso de recusa, podem lhe impedir do usufruto do serviço como um todo. Nesse sentido, explica Bruna Lyra Duque em sua dissertação de mestrado (DUQUE, 2004, p. 87-88):

Em razão da imposição das cláusulas, em alguns tipos contratuais torna-se patente a hipótese de que um dos contratantes poderá ficar em nítida desvantagem. Assim, caso ocorra algum abuso no exercício da liberdade de contratar, haverá a intervenção estatal.

[...]

Haverá o intervencionismo estatal em razão da regra de interpretação que predomina nos contratos de adesão, na qual a interpretação buscará a proteção do contratante hipossuficiente. A explicação desse modelo de interpretação está na manifestação unilateral da vontade que ocorre nos contratos. Assim, se a parte aderente não expressou sua vontade, limitando-se a aderir aos termos contratuais, deve-se optar pela intervenção estatal, mesmo após praticado o ato de adesão.

A necessidade de obtenção de consentimento livre do titular de dados mostra-se, portanto, um mecanismo de efetivação do princípio da autodeterminação informativa do titular – princípio esse que é basilar para a aplicação da LGPD, eis que consagra o próprio princípio da dignidade humana no âmbito de proteção de dados pessoais.

1.2. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À PRIVACIDADE

O conceito moderno de privacidade remonta aos Estados Unidos do século XIX e XX, com a publicação do artigo *The right to privacy*, de autoria dos advogados norte-americanos Warren e Brandeis (WARREN e BRANDEIS, 1890). Inicialmente como o “direito de ser deixado só”⁷, o conceito de privacidade evoluiu de simplesmente uma liberdade negativa do indivíduo, com um caráter patrimonialista (como o fato de não ser incomodado em sua propriedade), para expandir-se a outras áreas da vida, de modo que agora comporta-se como desdobramento dos direitos da personalidade e fundamento para a realização da pessoa humana. Em verdade, a obra de Warren e Brandeis acima citada pode ser considerada como um marco que transformou a noção de privacidade para a que conhecemos hoje.

⁷ *The right to be let alone*, mencionado pelo magistrado Thomas McIntyre Cooley em 1888 no seu Treatise 4 of the law of torts. v. capítulo 3.2., conforme preceitua Danilo Doneda (DONEDA, 2021, RB-1.1).

A evolução do conceito de privacidade acontece subsequentemente ao desenvolvimento de tecnologias – à época, o desenvolvimento da imprensa – que acabam por permitir novos métodos de interferência na vida privada dos indivíduos, bem como o aumento do poder de vigilância, inclusive estatal⁸. A tutela da privacidade busca, então, proteger os direitos da personalidade frente aos novos tipos de potenciais violações, de modo a resguardar a existência e a liberdade do ser. Nesse sentido, Laura Schertel Mendes (MENDES, 2008, p. 16) reconhece que a privacidade estaria, segundo os autores Warren e Brandeis, “relacionada à aversão contra qualquer intromissão não consentida na vida privada”.

A partir de meados do século XX até atualmente, o desenvolvimento contínuo e crescente das tecnologias de informação e de processamento de dados gerou ainda mais mudanças para o sentido dado ao termo *privacidade*, tal conceito se expandiu para abarcar também o próprio tratamento de dados pessoais (MENDES, 2008, p. 18). Hoje a vida privada não acontece somente no âmbito do lar ou em espaços reservados, mas também no ambiente digital. Barreiras físicas que antes delimitavam o ambiente privado não fazem mais sentido no mundo virtual, uma vez que este se encontra ao alcance de qualquer pessoa a qualquer momento, independentemente da localização física que ela esteja. Dessa forma, a busca por uma tutela jurisdicional – inclusive no âmbito constitucional - não mais se limita à privacidade, mas abrange expressamente os dados pessoais, uma vez que estes também se constituem como uma projeção da personalidade do próprio indivíduo (MENDES, 2008, p. 18).

Hoje elevada a direito fundamental pela nossa Carta Magna⁹, a tutela da privacidade se desdobra na proteção ao direito da “intimidade” e “vida privada”, nos termos da própria Constituição. Danilo Doneda explica que tal diferenciação pode ter sido realizada pelo legislador brasileiro tendo como base a doutrina de Hubmann, que consistiu em atribuir diferentes graus de intensidade à privacidade e separá-los em círculos concêntricos (DONEDA, 2021), também chamada de teoria das esferas. Segundo o doutrinador, a privacidade poderia ser dividida entre a esfera pessoal, a

⁸ Danilo Doneda sugere que o Estado teria sido pioneiro a se utilizar largamente das informações pessoais, para fins de uma administração pública mais eficiente. Vide Capítulo 1, 1.1. “*Um panorama do direito à privacidade*”. (DONEDA, 2021, RB-1.1).

⁹ Vide art. 5º, X da CRFB/88: “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”.

esfera privada e a esfera da intimidade (ou do segredo), cada uma delas adentrando mais profundamente na intimidade humana, respectivamente. A esfera pessoal seria a mais externa e estaria relacionada à vida pública do indivíduo. Adentrando um pouco mais, estaria a esfera privada, a qual restringe o acesso às informações pessoais somente àqueles sujeitos mais próximos ao indivíduo. Por fim, encontra-se a esfera da intimidade (ou segredo), no núcleo de confidencialidade do indivíduo, cujas informações só ele próprio dispõe de acesso. Contrariamente, contudo, sustenta Américo Bedê Freire Jr., em sua tese de doutorado, a ideia de que tal distinção entre privacidade e intimidade seria desnecessária, uma vez que não traria resultados práticos. Segundo o autor:

a teoria das esferas está superada, pois não é possível realizarmos uma divisão estática, congeladora de sentidos e possibilidades, em tema tão sensível. A distinção entre vida privada e intimidade não traz vantagens o que justifica por que, a partir desse momento, esse trabalho irá tratar intimidade ou privacidade como sinônimas. A subjetividade ínsita na separação dos termos não traz benefícios práticos e lembrando a famosa navalha de Ockham, deve-se optar pela explicação mais simples de um fenômeno. (FREIRE JÚNIOR, 2014, p. 73)

De qualquer forma, a proteção de dados pessoais poderia ser considerada como um direito autônomo ao direito à privacidade, um desdobramento desse direito, tendo em vista as mudanças tecnológicas provocadas na sociedade. Ou, segundo Stefano Rodotà (RODOTÀ, 2008, p. 92), a privacidade na era da informação pode ser definida como o direito do sujeito de manter o controle sobre as próprias informações.

1.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Até o presente momento já é possível notar certo diálogo entre o tema proteção de dados pessoais e os direitos e garantias fundamentais contidos na Carta Magna, em especial no termo *privacidade*, assim como o próprio termo *proteção de dados pessoais*, agora também incluído no rol de direitos fundamentais¹⁰ (art. 5º, LXXIX, da CRFB/88). Contudo, tais direitos não podem ser considerados fins em si mesmos,

¹⁰ A Emenda Constitucional 115/2022 introduziu a proteção de dados pessoais ao rol de direitos fundamentais, sob o seguinte texto que consta agora no art. 5º, LXXIX: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

mas remetem ainda à própria proteção da pessoa humana, especificamente em sua liberdade e a dignidade (BONAVIDES, 2011, p. 562). Não por acaso a Constituição da República instituiu como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, inciso III.

Caitlin Mulholland explica que a dignidade humana, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, constitui-se como base valorativa de toda e qualquer situação jurídica no âmbito do direito privado (MULHOLLAND, 2018, p. 169), na medida em que se busca proporcionar o livre desenvolvimento pessoal dos cidadãos. A partir desse princípio fundamental é possível analisar os demais direitos fundamentais dispostos no art. 5º da CRFB/88, sejam eles a liberdade; a igualdade; a privacidade, a intimidade e a tutela da honra; e a proteção aos dados pessoais.

Para Norberto Bobbio (BOBBIO, 2004, p. 79), o direito fundamental decorre de sua característica universal, ou seja, aplica-se a todo ser humano, independentemente das características intrínsecas (e.g.: religião, orientação sexual, preferência política etc.) ou extrínsecas (e.g.: raça, cor, etc.) do indivíduo. Nesse sentido, os direitos fundamentais encontram-se positivados na Constituição como elementos centrais normativos, uma vez que se mostram imprescindíveis para se atingir os objetivos da República¹¹. No mesmo sentido, corrobora Bonavides:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. (BONAVIDES, 2011, p. 562)

Além da universalidade, os direitos fundamentais carregam outras características, tais como: a relatividade, em que nenhum direito é absoluto na medida em que deve haver o sopesamento entre direitos fundamentais conflitantes para fins de aplicação conjunta; a imprescritibilidade, pois os direitos fundamentais não se perdem pela falta de uso no tempo; a indisponibilidade, uma vez que não podem ser objetos de alienação (venda, doação, permuta etc.) como ocorre nos direitos patrimoniais; e a indivisibilidade, já que devem ser analisados conjuntamente, não há fracionamento do

¹¹ Vide art. 3º e incisos, da CRFB/88.

direito. Santos Cifuentes (CIFUENTES, 1999, p. 54) define tais direitos personalíssimos como sendo

derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical¹².

No âmbito infraconstitucional, o Direito Civil é responsável por dar concretude a esses direitos fundamentais, por meio dos direitos da personalidade (arts. 11 ao 21 do Código Civil¹³), pois define as características de cada pessoa e delimita os contornos de sua atuação no âmbito privado, de modo reconhecer a desigualdade entre os indivíduos nas relações jurídicas e buscar um equilíbrio de acordo com as qualidades de cada um. Ainda assim, esses direitos da personalidade não constituem rol taxativo, ou seja, não se exaurem no Código Civil, o que revela também a possibilidade de reconhecimento da proteção dos dados pessoais como um novo direito da personalidade (BIONI, 2021, p. 50). Nesse ínterim, pode-se considerar que a LGPD trouxe nova perspectiva para os direitos da personalidade no âmbito da proteção de dados pessoais.

Segundo Bruno Bioni, os direitos da personalidade possuem o condão de tutelar qualquer aspecto ou situação que venha atingir a personalidade humana – ou que ao menos tenham tal potencial. Nesse sentido, conclui que os dados, quando atrelados à esfera de uma pessoa, poderá se inserir dentre os demais direitos da personalidade. Para isso, o dado deve ser caracterizado como uma projeção, extensão ou dimensão do seu titular, devendo ser considerado, portanto, um dado pessoal (BIONI, 2021, p. 56).

Assim, é possível considerar o dado pessoal como um direito autônomo da personalidade do indivíduo, assim como a privacidade, a intimidade e a honra. Bioni afirma ainda que a proteção ao dado pessoal não poderia se confundir com a própria privacidade, uma vez que dados pessoais de determinado indivíduo poderiam

¹² Em tradução livre: direitos subjetivos privados, inatos e vitalícios, que têm por objeto manifestações interiores da pessoa, e que, por serem inerentes, extrapatrimoniais e necessários, não podem ser transmitidos nem disponibilizados de forma absoluta e radical.

¹³ Os direitos da personalidade podem ser encontrados no Capítulo II do Título I no Código Civil, compreendendo aos arts. 11 a 21, que compõem ainda rol não-taxativo.

encontrar-se na esfera pública e ainda assim ser objeto de tutela, como uma retificação ou revisão, por exemplo (BIONI, 2021, p. 57).

Em sentido semelhante avaliava Caitlin Mulholland antes mesmo do direito à proteção de dados ser elevado ao status de direito fundamental. Para ela, o direito à proteção de dados pessoais deveria ser analisado sob uma perspectiva funcional da Constituição Federal e de seus princípios e valores. Segundo a autora, uma vez que os dados pessoais seriam elementos constituintes da identidade de uma pessoa, “devem ser protegidos na medida em que compõem parte fundamental de sua personalidade” (MULHOLLAND, 2018, p. 171). Contudo, utilizou a tutela da privacidade (art. 5º, X da CRFB/88) como base constitucional para amparar tal proteção, talvez por não haver à época a proteção de dados como direito fundamental positivado na Constituição da República e a privacidade constituir-se, àquela época, como único meio praticável à tutela desse direito.

Atualmente, o direito fundamental à proteção de dados pessoais pode ser considerado tanto como um direito subjetivo – sob o ponto de vista da proteção do indivíduo – quanto um dever objetivo de proteção por parte do Estado (BAHIA e SARTORI, 2019, 239), cujo objetivo, qualquer que seja a dimensão adotada, é concretizar o princípio à autodeterminação informativa para fins de efetivação da proteção à dignidade da pessoa humana no âmbito informacional.

1.4. PRINCÍPIOS NORTEADORES À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais carrega em si princípios que servem para dar direcionamento ao tratamento de dados pessoais bem como sua fiscalização. Tais princípios buscam balizar o tema para que a autodeterminação informativa e os direitos da personalidade dos indivíduos sejam concretizados adequadamente, garantindo ao titular de dados pessoais o poder de controle sobre os dados que dizem respeito a sua pessoa.

Conforme preceitua Danilo Doneda, os princípios elencados abaixo – hoje presentes na LGPD e nas demais legislações ao redor do mundo –, possuem suas origens nas normativas sobre proteção de dados pessoais, nos Estados Unidos da década de

1970, denominadas *Fair Information Principles*, após a discussão iniciada por conta de uma tentativa fracassada de implantação do *National Data Center*¹⁴ nos anos 1960, um banco de dados que teria a pretensão de centralizar os principais dados dos cidadãos norte-americanos em um único ambiente.

Essas normativas teriam cunho predominantemente procedimental e posteriormente viriam a culminar na implementação de um conjunto de princípios a serem aplicados na *Convenção de Strasbourg*¹⁵ e nas *Guidelines da OCDE*¹⁶ no início da década de 1980 (DONEDA, 2011, p. 100). Para tanto, Doneda elabora uma síntese destes princípios:

- a) Princípio da publicidade (ou da transparência), pelo qual a existência de um banco de dados com dados pessoais deve ser de conhecimento público, seja por meio da exigência de autorização prévia para funcionar, da notificação a uma autoridade sobre sua existência, ou do envio de relatórios periódicos;
- b) Princípio da exatidão: os dados armazenados devem ser fiéis à realidade, o que compreende a necessidade de que sua coleta e seu tratamento sejam feitos com cuidado e correção, e de que sejam realizadas atualizações periódicas conforme a necessidade;
- c) Princípio da finalidade, pelo qual qualquer utilização dos dados pessoais deve obedecer à finalidade comunicada ao interessado antes da coleta de seus dados. [...];
- d) Princípio do livre acesso, pelo qual o indivíduo tem acesso ao banco de dados no qual suas informações estão armazenadas, podendo obter cópias desses registros, com a consequente possibilidade de controle desses dados; [...]
- e) Princípio da segurança física e lógica, pelo qual os dados devem ser protegidos contra os riscos de seu extravio, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado.

¹⁴ Preceitua Danilo Doneda que “O National Data Center foi projetado para reunir as informações sobre os cidadãos norte-americanos disponíveis em diversos órgãos da administração federal em um único banco de dados – a partir de um projeto original, que pretendia unificar os cadastros do Censo, dos registros trabalhistas, do fisco e da previdência social. Garfinkel (2000, p. 13). Após acirradas discussões sobre a ameaça potencial que representaria às liberdades individuais, o governo norte-americano desistiu do projeto”. V. Miller (1971) apud (DONEDA, 2011, p. 99).

¹⁵ Convenção nº 108 do Conselho Europeu – Convenção para a proteção das pessoas em relação ao tratamento automatizado de dados pessoais.

¹⁶ *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, disponível em: < <https://www.oecd.org/digital/privacy/>>. Estes princípios seriam: (1) collection limitation principle; (2) data limitation principle; (3) purpose specification principle; (4) use limitation principle; (5) security safeguard principle; (6) openness principle; (7) individual participation principle. Wuermeling (1996, p. 416). Apud (Doneda, 2011, p. 100).

A reunião destes princípios, ainda que de forma incompleta, formaria a espinha dorsal de diversas leis e tratados, bem como de contratos particulares, configurando o núcleo essencial para o qual deve o ordenamento se deparar quando estiver à procura da solução de algum problema envolvendo a proteção de dados pessoais. Não por acaso a LGPD incorporou tal ideal e elencou, em seu art. 6º e incisos, os princípios que regem o tratamento de dados pessoais no Brasil, além daqueles já comuns ao direito privado como um todo (e.g., boa-fé objetiva). Nesse sentido, podem ser observadas semelhanças entre os princípios acima elencados e aqueles dispostos na LGPD¹⁷ – e até mesmo uma reprodução quase fiel em alguns casos (como no princípio da finalidade e da transparência).

Atenção especial deve ser dada ao princípio da finalidade e ao princípio da não discriminação. No caso da finalidade, é por meio deste princípio que se fundamenta a restrição de transferência de dados pessoais a terceiros, bem como se pode utilizar de critérios para avaliar a razoabilidade no tratamento de dados pessoais, a fim de se verificar eventuais abusos de direito (DONEDA, 2011, p, 100). Maria Celina Bodin de Moraes complementa que o tratamento de dados e especialmente sua coleta não podem ser tidas como “uma rede jogada ao mar para pescar qualquer peixe”, mas, ao contrário, devem ser objetivas e limitadas, especialmente quando se tratarem de dados sensíveis – neste último caso, a única finalidade admissível deveria ser o interesse da própria pessoa considerada (MORAES, 2008, p. 9).

Com relação ao princípio da não discriminação, Caitlin Mulholland explica que deve ser vedada a utilização de dados pessoais para fins discriminatórios e abusivos (MULHOLLAND, 2018, 164). Isso porque, segundo a autora, é possível a utilização de dados pessoais para fins de uma diferenciação que não seja ilícita ou abusiva, desde que não venha a ferir disposições civis e penais – a autora traz como exemplo a diferenciação entre sexo e idade para fins de precificação aproximada de uma apólice de seguro com base nos riscos usualmente sofridos por esse perfil de pessoas. Contudo, a própria autora reconhece que o limiar entre a licitude e a ilicitude

¹⁷ Na LGPD, os princípios elencados são: I - finalidade, II - adequação, III - necessidade, IV - livre acesso, V - qualidade dos dados, VI - transparência, VII - segurança, VIII - prevenção, IX - não discriminação, X - responsabilização e prestação de contas. Vide art. 6º e incisos da Lei 13.709/18 (LGPD).

desse tipo de tratamento é menor e que vigilância e restrição mais rígidas devem ser conferidas a esse tipo de tratamento, para fins de se evitar violações.

Entre outras medidas, uma importante a ser adotada – e que de fato está positivada na LGPD¹⁸ – é a determinação não apenas do consentimento expresso do indivíduo, como ocorre no tratamento de dados pessoais de forma geral, mas que tal manifestação seja realizada de forma livre, explícita, inequívoca, informada e específica (MULHOLLAND, 2018, p. 168), justamente pelo fato de que o consentimento do titular de dados sensíveis deve ser qualificado, na medida “em que se está diante de um ‘contratante vulnerável’, caracterizado justamente pela ausência de liberdade substancial no momento da determinação da vontade” (RODOTÀ, 2008, p. 90).

¹⁸ Vide art. 11, incisos I e II da Lei 13.709/18 (LGPD).

2. RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

Uma das mais antigas disciplinas do estudo do direito, com origens que remontam ao período de Talião, ao *Código de Hamurabi* e, posteriormente, à *Lei das XII Tábuas*, a ideia de responsabilidade civil surge inicialmente como uma forma de castigo – ou vingança privada –, com fins de retribuição social ao agressor pela ofensa cometida (TARTUCE, 2023, p. 17). Durante esse período eram comuns penas que atingissem fisicamente o agressor, contudo não necessariamente reparavam a condição sofrida pelo agredido. Posteriormente notou-se que esse arranjo era pouco eficaz, pois acabava por gerar prejuízos globais maiores do que somente aquele sofrido pelo ofendido. A partir disso, tornou-se comum a possibilidade da substituição da pena mediante a realização de acordo entre as partes, deixando a ideia de pena física àquelas condutas que ultrapassavam a esfera privada e adentravam no âmbito social.

Mas é somente no *Código de Manu*, de cultura hindu, que há registros da primeira codificação da pena pecuniária, a qual se apresenta como uma evolução do Código de Hamurabi, no sentido em que substituía a pena corporal pela pena em dinheiro. É possível verificar pela primeira vez adoção da compensação pelo direito romano, cujo pagamento se dava em *poena* (dinheiro), ainda que a sociedade daquela época ainda fosse diretamente influenciada pela Lei de Talião (TARTUCE, 2023, p.19). Com efeito, é possível verificar ainda o surgimento, à época, da chamada *Lex Aquilia*, segundo a qual deverá o causador do dano ficar obrigado a repará-lo pecuniariamente. Seria essa a base inicial para o desenvolvimento da responsabilidade civil extracontratual, que posteriormente incorporaria ainda conceitos cristãos durante a Idade Média, como a ideia de culpa (PEREIRA, 2022, p. 25). Tal instituto veio a culminar na modernidade com o Código Civil francês (também conhecido como Código Napoleônico), no qual a responsabilidade civil extracontratual, ou aquiliana, tinha a culpa como elemento central e requisito para a sua caracterização. Ainda assim, ocorreria ainda uma rápida e notável evolução no direito francês, em que se firmou a ideia da responsabilidade objetiva, sem a necessidade de caracterização de culpa, decorrente da influência do pensamento do jurista francês, à época, Louis Josserand¹⁹.

¹⁹ Segundo Sergio Cavalieri Filho, Louis Josserand teria sido o jurista francês que durante conferência proferida na Universidade de Coimbra em 1936 teria apontado que o termo pertinente àquele evento

O direito brasileiro foi bastante influenciado pelo Código Civil francês, que deriva da citada *Lex Aquilia*. O art. 159 do Código Civil de 1916²⁰ contemplava quase todo tipo de hipótese para a responsabilidade civil. Pela sua redação, verifica-se que a responsabilidade estava fortemente ligada à figura da culpa. Tal fato se deve à influência liberal que o antigo código sofreu (CAVALIERI, 2021, p. 30).

Entretanto, ainda antes da vigência do Código Civil de 1916, já era possível observar também uma certa evolução da ideia de responsabilidade civil pelo direito brasileiro, com vistas a uma maior objetividade acerca da responsabilidade civil para certos casos definidos em lei, como foi o caso do Decreto-lei nº. 2.681/1912, que previa a responsabilidade civil das empresas que operavam estradas de ferro (TARTUCE, 2023, p. 25).

Passado esse breve histórico, adentra-se agora nas bases conceituais que descrevem a responsabilidade civil. Primeiramente, importante se faz a definição do que vem a ser dever jurídico, pois é a partir dele que se forma a noção de responsabilidade civil.

CAVALIERI (2021, p. 37) afirma que o Direito tem como objetivo moldar condutas humanas, tutelando-as ou reprimindo-as conforme a sua licitude. Dessa forma, a lei definirá comportamentos que configurarão o próprio Direito, sendo estes denominados comportamentos lícitos, bem como aqueles que atentam contra o Direito, cujo intuito será o de reprimi-los. Nota-se que o ato ilícito não deixará de existir para o Direito, mas este não o aceitará e buscará corrigi-lo, tal como as suas consequências jurídicas. A partir disso, Cavalieri entende o dever jurídico como

a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações. (CAVALIERI, 2021, p. 37)

seria *revolução*, ao invés de *evolução*, tendo em vista que “tão rápido, tão fulminante foi o movimento que levou a teoria da responsabilidade civil a novos destinos”.

²⁰ Art. 159 do C.C/1916: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

O dever jurídico pode ser considerado, então, como uma obrigação imposta a determinado tipo de conduta, seja ela positiva (fazer, dar, cumprir) ou negativa (não fazer, abster-se, tolerar), cuja não observância/violação implicará em uma consequência jurídica – que será outra obrigação previamente definida pelo Direito. Nesse sentido, Cavalieri define essa primeira obrigação como um dever jurídico originário (também chamado de primário pela doutrina) e a sua violação implicará um dever jurídico sucessivo (ou secundário).

A responsabilidade civil é justamente esse dever jurídico secundário, cujo aspecto não mais é (necessariamente) garantir o cumprimento do dever originário, mas recompor as partes ao estado em que se encontravam antes de tal descumprimento. Cavalieri afirma, portanto, que não haverá responsabilidade civil sem a correspondente obrigação e que esta obrigação secundária não se confunde com a obrigação primária (CAVALIERI, 2021, p. 38). Aliás, enquanto a obrigação primária decorre de comum acordo entre as partes, a secundária deverá ser cumprida ainda que contra a vontade daquele que a deu causa (devedor).

2.1. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Em que pese haver a divisão entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual como espécies de responsabilidade civil, somente servirá a este trabalho a diferenciação realizada com base no aspecto da culpa, ou seja, se determinado tipo de situação ensejará uma responsabilização subjetiva ou objetiva do agente.

Importante mencionar que o nosso ordenamento jurídico trata a responsabilidade civil subjetiva como regra. Deverá, portanto, ser compreendida nos moldes do art. 186 do Código Civil de 2002. Contudo, é comum – e encontra-se cada vez mais presente no próprio conjunto normativo – situações definidas por lei em que a responsabilidade do agente será objetiva, sem que seja necessário averiguar a presença de culpa. De qualquer forma, para ambos os casos se deve primeiramente entender o que vem a ser o elemento culpa, bem como os demais pressupostos da responsabilidade civil.

Conforme já dito, a responsabilidade subjetiva é tratada como regra pelo Direito brasileiro. Ela será aplicável de forma genérica, ou seja, se aplicará a qualquer

situação jurídica, a menos que exista lei especificando o contrário. Assim dispõe os arts. 186 e 927 do Código Civil atual:

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Para fins de caracterização da responsabilidade subjetiva, CAVALIERI (2021, p. 53) expõe os pressupostos que deverão ser analisados e constatados no caso concreto, os quais estão presentes no artigo acima transcrito. Eis os seguintes elementos:

- Conduta do agente: Cavalieri define como sendo *o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas* (CAVALIERI, 2021, p. 62). Observa-se que a conduta poderá ser um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão). É de se notar que, mesmo nos casos em que a conduta seja omissiva, tal omissão terá valor jurídico como elemento volitivo no plano jurídico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 75).
- Nexo causal: trata-se do condão lógico-normativo que liga o dano à conduta humana. É lógico pois possui uma relação de causalidade entre os fatos e é normativo pois o Direito impõe determinadas restrições e limites (CAVALIERI, 2021, p. 84). **teoria da causalidade adequada****
- Dano: embora não exista um conceito definido, pode ser dito como algum prejuízo de cunho patrimonial ou alguma dor, sofrimento quando ocorrido no âmbito moral. Pode ser descrito, nas palavras de Cavalieri, como sendo *uma lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado* (CAVALIERI, 2021, p.117).
- Culpa: é a ação ou omissão que é definida como ilícita pelo ordenamento e, portanto, merece reprovação. Poderá ser intencional (dolo) ou não (culpa *stricto*

sensu), mas somente poderá ensejar reparação caso o agente tivesse a possibilidade de agir de forma diversa²¹.

Observa-se que, pela leitura do art. 186 do C.C/02, é necessário que todos os quatro elementos sejam constatados de forma simultânea. Isso significa que a não ocorrência de algum dos elementos acima citados impedirá a responsabilização subjetiva do agente. É o caso em que ocorrem, por exemplo, as excludentes de ilicitude, bem como aqueles casos em que, mesmo que o agente tenha violado direito alheio, não lhe cause danos em decorrência dessa conduta.

Algo diferente ocorre quando se trata da responsabilidade civil objetiva. Enquanto a responsabilidade subjetiva requer o elemento culpa para a sua caracterização, essa última dispensa tal requisito, pois requer apenas o reconhecimento da existência do elo objetivo da conduta com o dano – a mera relação causa e efeito com o dano sofrido – daí o porquê de ser chamada “responsabilidade objetiva”.

Sob esse aspecto, há de se ressaltar que a objetividade decorre da necessidade de adaptação da responsabilidade civil ao desenvolvimento tecnológico próprio do período pós-revolução industrial e do conseqüente *boom* demográfico, em que a realidade do dia a dia sofreu profundas alterações, ante a complexidade das relações sociais e jurídicas que tal desenvolvimento acarretou (CAVALIERI, 2021, p. 225).

Tendo em vista a nova realidade industrial e os riscos trazidos aos trabalhadores a época, somado ainda à dificuldade que existia em se provar a culpa nesse tipo de situação, o direito foi chamado a inovar no tratamento que era usualmente dado à responsabilidade civil até aquele momento²². O que se buscava a partir desse momento não era propriamente punir o responsável pelo fato, mas oferecer uma certa garantia aos indivíduos que eventualmente se viam vítimas desse tipo de infortúnio.

²¹ Tais situações serão melhor explicadas no subtópico 2.1.1, de excludentes de ilicitude.

²² Em que pese se utilize aqui o termo “inovar”, não há indícios suficientes para se afirmar que a responsabilidade civil objetiva teria sido criação do direito moderno, mas há certo consenso que foi a partir da Era Moderna que o tratamento dado à responsabilidade civil começou a ser utilizado em larga escala. Vide subtópico 21.1 da citada obra de Sergio Cavalieri Filho (CAVALIERI, 2021, p. 225).

A partir disso, há o que hoje se conhece na doutrina como a Teoria do Risco – ou a melhor se dizer, as teorias do risco. O que se buscava agora era equalizar o custo que os novos riscos decorrentes das atividades desenvolvidas ofereciam à sociedade. Segundo essa filosofia, Cavalieri afirma que *aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente* (CAVALIERI, 2021, p. 227).

Aqui também se dedicou a doutrina em criar subespécies de teorias do risco conforme os objetivos da atividade exercida e o âmbito de atuação do direito. A partir da ideia geral de teoria do risco derivaram suas respectivas espécies, como a teoria do risco proveito, risco profissional, risco excepcional, risco da atividade, risco integral (CAVALIERI, 2021, p. 227), ou mesmo do risco do desenvolvimento. Novamente aqui a análise deste trabalho se restringirá apenas às espécies “risco da atividade” e “risco do desenvolvimento” – este último com menor prevalência –, eis que são os que mais diretamente interferirão no estudo da responsabilidade sobre o tratamento de dados²³.

O Código Civil de 2002 inovou ao trazer previsão legal expressa para a responsabilidade civil objetiva, no parágrafo único do art. 927 do C.C/02. Nesse contexto dispõe o referido texto normativo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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.
(grifo nosso)

Observa-se que o parágrafo único constitui exceção à regra do caput, uma vez que dispensa a presença do ato ilícito (culpa) para caracterização da responsabilidade civil. Ainda assim, os demais elementos – conduta, nexo causal e dano – continuarão presentes como requisitos para ensejar a responsabilização.

²³ Para maior compreensão das demais espécies de teorias do risco citadas neste parágrafo, vide tópico 23 e subtópicos da obra citada (CAVALIERI, 2021, p. 227 a 229).

Pela teoria do risco da atividade, adotada no p.ú. do art. 927, C.C/02, parte-se do pressuposto que a própria atividade expõe os demais a determinado tipo de risco, de modo que, se alguém assume tal atividade, está necessariamente assumindo também os riscos decorrentes dela, não sendo necessário o reconhecimento de culpa quando da ocorrência de algum dano a terceiros. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira sintetiza:

A ideia fundamental da teoria do risco pode ser simplificada, ao dizer-se que “cada vez que uma pessoa, por sua atividade, cria um risco para outrem, deveria responder por suas consequências danosas”. Vai nisto um problema de causalidade. “Se se pretende que cada um suporte as consequências de sua atividade, é ainda preciso que o dano seja causado por ela: uma atividade obrigaria a reparar um dano, não na medida em que seja culposa, porém na medida em que ela foi causal”. (PEREIRA, 2022, p. 400)

Trata-se da teoria consolidada pelo ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito do direito privado, e que guiará este estudo durante a abordagem do tema responsabilidade objetiva na proteção de dados pessoais.

Acerca da teoria do risco pelo desenvolvimento, cumpre antes de tudo informar que esta não encontra previsão legal no nosso conjunto normativo (ROCHA; FREIRE, 2021, p. 15), de modo que as discussões acerca do tema são apenas doutrinárias e jurisprudenciais.

Por essa teoria, busca-se definir se determinado fabricante/operador deveria ser responsabilizado por dano causado por algum produto, aparentemente seguro à época de introdução no mercado, que contivesse em seu desenvolvimento determinado risco que viesse a ser revelado somente após a adoção de novas tecnologias ou se tal fato poderia ser abarcado em excludente de responsabilidade ante a imprevisibilidade de sua ocorrência (STOCO, 2007, p. 1).

2.1.1. Excludentes de ilicitude

Tendo em vista o que já foi explicado até aqui, é possível a indagação acerca da possibilidade de causas que justifiquem determinada conduta, a princípio considerada ilícita. Pode-se tomar a legítima defesa como exemplo. Tal ideia constitui um dos focos do direito penal, assim como é também aplicável à responsabilidade civil (VENOSA,

2012, p. 61) Afinal, fugiria ao ideal de justiça a responsabilização de determinada pessoa por circunstâncias não desejadas, imprevisíveis e/ou inevitáveis ao autor.

Nesse sentido, Flávio Tartuce apresenta possibilidades que descaracterizam a responsabilização civil do agente. Seriam elas aquelas que excluem a culpa do sujeito: a legítima defesa, o estado de necessidade ou de perigo iminente e o exercício regular de direito. Também há aquelas que excluem o nexo de causalidade, como o fato exclusivo da vítima ou de terceiro, o caso fortuito e a força maior. Há ainda a possibilidade de existência de cláusula de não indenizar (TARTUCE, 2023, p. 1.270).

O Código Civil não define o que vem a ser legítima defesa. Em que pese a disposição no art. 188, I do C.C/02, sua definição é cunhada do direito criminal, conforme aponta (PEREIRA, 2022, p. 413). Em suma, trata-se da previsão contida no art. 25 do Código Penal²⁴ em que determinado indivíduo poderá se defender para evitar agressão contra si próprio ou terceiros. Segundo Caio Mário da Silva Pereira (Ibidem, p. 413), existem pressupostos para a correta aplicação deste instituto, quais sejam:

- 1) a iniciativa da agressão por parte de outrem, isto é, que do agente não tenha partido provocação; 2) que a ameaça de dano seja atual ou iminente; 3) que a reação não seja desproporcional à agressão [...]. Como dizem Malaurie e Aynès: as duas condições para que o agente se exima sob invocação da legítima defesa são: 1) que a agressão seja injusta; 2) que a defesa seja proporcional ao ataque.

Acerca do estado de necessidade, trata-se de um ato cometido a bem jurídico alheio cuja justificativa é salvaguardar direito próprio ou alheio de perigo iminente²⁵. Está presente também no art. 188 do C.C/02, em seu inciso II. Caio Mário sugere a existência de um conflito de direitos, uma vez que sobre o agente é imposta a necessidade de causar um mal a direito alheio para evitar-se mal maior (PEREIRA, 2022, p. 416).

Quanto ao exercício regular de direito, sua definição consta da própria expressão. Não comete ato ilícito quem pratica algo no exercício regular de direito. Consta no mesmo dispositivo normativo da legítima defesa, o art. 188, I do C.C/02. Flávio Tartuce

²⁴ Pela redação do art. 25 do Código Penal: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

²⁵ O estado de necessidade consta também no Código Penal, no art. 24.

(TARTUCE, 2023, p. 1.281) traz como exemplo a inclusão do nome de devedores no rol de inadimplentes (SPC ou Serasa). Trata-se de exercício regular de direito. A antítese disso seria a inclusão indevida em tais cadastros, o que caracteriza abuso de direito (art. 187 do C.C/02) ou mesmo ato ilícito propriamente (art. 186 do C.C/02).

Importante mencionar que, em se tratando de responsabilidade civil objetiva, não cabe a alegação das excludentes relacionadas ao elemento “culpa” citadas acima, eis que esse tipo responsabilidade já dispensa a necessidade de ilicitude da conduta (culpa *lato sensu*) para sua caracterização, por sua própria natureza objetiva.

Quanto às excludentes relacionadas ao nexo causal, estas podem afastar tanto a responsabilidade subjetiva quanto a objetiva, porém, no caso da responsabilidade objetiva, as teorias do risco podem aumentar ou restringir o âmbito de situações em que o nexo causal poderá ensejar ou não a responsabilização civil, a depender da teoria adotada. Dessa forma, poderá haver situações em que causas externas ou a conduta do próprio ofendido interferirá no peso da responsabilidade atribuída ao agente, reduzindo-a ou mesmo excluindo-a. Contudo, há também outras em que, por força da teoria do risco aplicada, haverá pouca ou mesmo nenhuma possibilidade de afastar tal responsabilização²⁶.

No caso da responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco da atividade, somente as ocasiões de fato exclusivo da vítima e fortuito externo ensejarão o afastamento da responsabilidade do agente. Para tanto, tais situações serão melhor tratadas no subtópico 2.2.1.

²⁶ Apenas a título de exemplo, no caso da responsabilidade civil ambiental, em que se aplica a teoria do risco integral, o conceito de risco é aplicado ao extremo, de modo que a mera exploração da atividade caracterizará a responsabilização do explorador caso algum dano seja provocado ao meio ambiente, ainda que não exista nexo de causalidade direto entre a atividade exercida e o dano produzido. Nas palavras de Sergio Cavalieri (CAVALIERI, 2021, p. 229) “basta que o empreendimento tenha sido a **ocasião** para o acidente” (e.g.: derramamento de óleo no mar por um navio, frente a uma tempestade).

2.2. A CRESCENTE OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Em que pese a responsabilidade civil subjetiva ser ainda considerada regra pelo ordenamento jurídico brasileiro, é fato que cada vez mais situações vêm sendo atualmente consagradas ao tratamento jurídico dado pela responsabilidade objetiva.

No âmbito internacional, os conceitos modernos sobre a responsabilidade objetiva remontam aos juristas franceses Raymond Saleilles e Louis Josserand. Este último teria sido responsável por estudos cujo objetivo seria mitigar a análise da culpa, de modo a cada vez menos tornar a responsabilidade civil dependente dela (TARTUCE, 2023, p. 23). Flávio Tartuce expõe algumas das medidas adotadas pelo jurista para alcançar tal resultado:

- a) a admissão – de maneira explícita – da existência de culpa em alguns casos concretos;
- b) o estabelecimento ou o reconhecimento de casos de presunção de culpa;
- c) a substituição do conceito de culpa pelo de risco – tentativa do legislador francês –, daí a responsabilidade subjetiva tornar-se objetiva;
- d) a aceitação jurisprudencial da responsabilidade civil contratual, sem a necessidade de prova de culpa, colocando a vítima em uma posição mais favorável. (TARTUCE, 2023, p. 23)

Embora não tenha havido uma ruptura abrupta do modelo de responsabilidade civil adotado, observa-se certa tendência na busca gradual de retirar o elemento subjetivo (culpa) da análise central da responsabilidade civil.

Em primeira ocasião, tais fatos resultaram na dispensa da necessidade de se provar a culpa, a qual estaria agora descrita implicitamente na própria conduta. Sob essa lógica, ainda que se considerasse a culpa como requisito para a responsabilização, esta seria uma culpa presumida, que somente poderia ser afastada mediante prova em contrário. Somado a isso, há ainda a inversão do ônus probatório, impondo-se ao réu/imputado a necessidade de provar causa justificativa ou excludente.

As teorias que abarcam esse primeiro estágio de evolução da responsabilidade civil são a *teoria do abuso do direito*²⁷ e a *teoria das faltas ou culpas negativas*, conforme preceitua Tartuce (TARTUCE, 2023, p. 23). Pela primeira teoria, tem-se que a culpa estaria presumida quando algum direito fosse exercitado com desproporção/abuso (e.g.: litigância de má-fé). Já pela segunda, encontram-se situações em que há hipóteses de imposição de dever legal e este dever é descumprido (seja por alguma omissão voluntária, seja por negligência). Tartuce traz como exemplos os casos dispostos no Código Civil francês da época, em que havia responsabilidade civil por atos de terceiros, onde poderia ocorrer a culpa presumida pela vigilância (e.g.: responsabilidade dos pais pelos filhos) ou pela escolha (e.g.: responsabilidade do empregador pelos seus empregados) (Ibidem, p. 24).

No direito brasileiro, é a partir do Decreto-lei nº 2.681/1912 que se tem o primeiro relato de situação determinada em lei em que o aspecto culpa será mitigado. Trata-se da responsabilidade civil das estradas de ferro. No art. 1º e 17 deste decreto-lei, encontra-se expressamente disposta a culpa presumida, que somente poderá ser afastada nas hipóteses indicadas pelo próprio dispositivo normativo. Para melhor exposição, segue transcrição dos artigos.

Art. 1º - As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar.
Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá alguma das seguintes provas:
[...]

e

Art. 17 – As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea.
A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:
1ª - Caso fortuito ou força maior;
2ª - Culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.

Na próxima etapa, consagra-se propriamente a teoria do risco, que ampara a responsabilidade objetiva. Inicialmente aplicada à legislação trabalhista francesa, Tartuce afirma ter havido “*verdadeira revolução*, decorrente da dissociação completa

²⁷ A teoria do abuso do direito está também disposta no atual Código Civil, no art. 187: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

da responsabilidade do conceito tradicional de culpa” com a adoção desse novo modelo teórico²⁸ de responsabilidade civil (TARTUCE, 2023, p, 24).

O nosso Código Civil de 1916 também passou a adotar a responsabilidade objetiva em algumas situações. Tartuce cita as hipóteses dos arts. 1.519, 1.520 e parágrafo único, 1.528 e 1.529 do revogado diploma. Trata-se dos casos de responsabilidade pelo fato da coisa, dispositivos estes os quais, segundo (PEREIRA, 2022, p. 50), possuíam “notória conotação objetiva”. Tais textos normativos foram sucedidos de forma semelhante pelos arts. 929, 930, 937 e 938 do atual Código Civil de 2002.

Caio Mario da Silva Pereira cita ainda algumas legislações esparsas que passaram a tratar a responsabilidade civil de forma objetiva. A primeira delas teria sido aquela referente a acidentes de trabalho²⁹, seguida subsequentemente por outras leis, como o Código Brasileiro do Ar e o seu sucessor, o Código Brasileiro de Aeronáutica (PEREIRA, 2022, p. 50).

Além das citadas leis, TARTUCE (2023, p. 26) também cita os exemplos da Lei 6.453/1977, que disciplina a responsabilidade objetiva por danos nucleares e, de modo mais enfático, a responsabilidade civil trazida pelo direito ambiental, cuja aplicação culminou na adoção da teoria do risco integral, verdadeiro marco no tratamento da responsabilidade civil pelo Direito brasileiro.

Ainda que toda evolução relatada até agora tenha sido importante para o desenvolvimento da responsabilidade civil no Brasil, Flavio Tartuce aponta que o responsável por dar maior aprofundamento legal ao tratamento da responsabilidade civil objetiva no nosso ordenamento jurídico teria sido o Código de Defesa do Consumidor, por meio da Lei 8.078/90, uma vez que esse tratamento seria inovador no âmbito do direito privado (TARTUCE, 2023, p. 27), tendo em vista o reconhecimento conferido aos consumidores à prevenção e reparação de danos

²⁸ Tartuce explica que, por essa teoria, “aquele que criou o risco à custa de outrem deve suportar as suas consequências, respondendo perante a outra parte” (TARTUCE, 2023, p. 24).

²⁹ Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, 2022, p. 50) cita toda a legislação sobre acidentes no trabalho, implementada pelo Decreto nº 3.724, bem como as substituições promovidas pelo Decreto nº 24.637/1934, Decreto-Lei nº 7.036/1944 e pelas Leis nº 5.316/1967 e nº 6.367/1976. Vide subtópico 24 do Capítulo II de sua obra.

patrimoniais, morais individuais, coletivos e difusos, por meio da aplicação do *princípio da reparação integral*, presente no art. 6º, VI do código consumerista (Ibidem, p. 27). Por esse motivo, decidiu-se abrir um subtópico dedicado exclusivamente à análise da responsabilidade civil e da proteção conferida aos consumidores pelo Código de Defesa do Consumidor.

2.2.1. Uma análise da responsabilização civil adotada pelo CDC

Desde a sua promulgação, no ano de 1990, o Código de Defesa do Consumidor causou verdadeira revolução no Direito brasileiro (VENOSA, 2012, p. 554), seja pela sua atuação extensa a toda e qualquer relação de consumo – marcando presença sobre áreas diversas do direito – seja pelo seu modo disruptivo de tratamento da responsabilidade civil – cuja aplicação era até então majoritariamente subjetiva, exceto em específicas situações definidas em lei. Silvio Venosa aponta que se pode mesmo considerar a existência de um Direito anterior e outro posterior à promulgação do código consumerista no ordenamento jurídico brasileiro (Ibidem, p. 554).

Tendo sido criado a partir de uma ordem mandamental constitucional³⁰, o CDC instituiu uma nova fase ao tratamento jurídico dado às relações de consumo, dada a sua prevalência sobre as demais leis, tendo em vista o diálogo de fontes, seja por ser norma de hierarquia superior (norma decorrente de mandamento constitucional), seja pela sua especialidade³¹. Para tanto, importante menção deve ser feita ao Diálogo entre Fontes, modelo trazido ao Brasil por Claudia Lima Marques. Segundo a autora, há uma harmonia (ou coerência) entre as normas do CDC e o Código Civil, especialmente no que concerne aos princípios norteadores de ambos os diplomas jurídicos vigentes³² (MARQUES, 2003, p. 3).

³⁰ O art. 5º, inciso XXXII da CRFB/88 dispõe acerca da defesa do consumidor, cuja implementação deveria ser dada em forma de lei. Além disso, o art. 48 da ADCT determina expressamente a criação do Código Consumerista pelo Congresso Nacional em prazo não superior a 120 dias, a contar da data de promulgação da nova Carta Magna.

³¹ Silvio Venosa afirma se tratar de uma “*sobre-estrutura jurídica*”, a qual abrange e se sobrepõe aos diversos tipos de relações jurídicas, nos mais variados campos de atuação do direito (VENOSA, 2012, p. 554).

³² Claudia Lima Marques aponta três possíveis interpretações para o diálogo entre as normas do CDC e do Código Civil, no primeiro tópico de seu artigo (MARQUES, 2003, p. 2-3). Independentemente de qual interpretação se busque adotar, entende-se aqui que é certo que as normas do CDC deverão prevalecer nas disposições que lhe forem expressamente contrárias.

Além dos citados aspectos, há de se notar a diferenciação feita em relação ao Código Civil quanto a abordagem dada à responsabilização civil contratual e extracontratual. Enquanto o código generalista promove uma abordagem dual entre ambas, o CDC supera essa dogmática ao tratar das origens da responsabilidade de forma indistinta, sendo indiferente o fato de a obrigação ter se originado por força de contrato ou de lei (TARTUCE, 2023, p. 552), promovendo-se somente a diferenciação entre os produtos e serviços. Cavalieri tratou de resumir toda essa ideia em uma única frase, que pode ser lida abaixo:

Relação de consumo é a relação jurídica contratual ou extracontratual, que tem num polo o fornecedor de produtos e serviços e no outro o consumidor; é aquela realizada entre o fornecedor e o consumidor, tendo por objeto a circulação de produtos e serviços (CAVALIERI, 2021, p. 562). (grifo nosso)

Tal frase foi inclusive cunhada por Silvio Venosa em sua obra (VENOSA, 2012, p. 554), com os devidos créditos, dado o seu poder de síntese.

Considerando tudo isso, pode se dizer que a responsabilidade prevista no CDC é uma responsabilidade objetiva e solidária, tendo como foco central a busca da tutela ao consumidor. Isso porque, conforme preceitua Silvio Venosa, até a promulgação do CDC não havia no ordenamento jurídico brasileiro uma proteção eficiente ao consumidor (VENOSA, 2012, p. 555), tendo em vista que para responsabilização dos fornecedores era necessária prova da culpa por parte do consumidor lesado, o qual muitas vezes não dispunha dos meios técnicos e jurídicos, especialmente contra os intermediadores (comerciantes), que não detinham propriamente a culpa pelo defeito do produto, haja vista não serem aqueles que o produziram. Por conta de tais obstáculos, Cavalieri chegou a caracterizar o consumo como uma aventura – em suas palavras, *aventura do consumo* (CAVALIERI, 2021, p. 558).

A partir da promulgação do novo código consumerista, passou-se a ser desnecessária qualquer demonstração de culpa, eis que agora a responsabilidade dos fornecedores³³ era objetiva, independentemente da existência desta. Baseia-se o CDC na teoria do risco-proveito, pelo qual “aquele que expõe ao risco outras pessoas,

³³ Até mesmo os intermediadores passam a ter agora uma responsabilidade objetiva, por serem enquadrados como fornecedores pelo CDC, ainda que nesse caso sua responsabilidade seja apenas subsidiária (hipóteses do art. 13 do CDC).

determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento” (TARTUCE, 2023, p. 552).

Nesse sentido, os arts. 12 e 14 do CDC implantam como regra a responsabilidade objetiva pelo fato do produto e do serviço, respectivamente, as quais serão aplicadas a todos os fornecedores. Única exceção se dá aos profissionais liberais, em que a responsabilidade ainda será avaliada subjetivamente (art. 14, § 4º do CDC), tendo em vista a vulnerabilidade que se atribui a estes profissionais, que se assemelha a dos consumidores.

As hipóteses excludentes de ilicitude baseiam-se necessariamente na descaracterização do nexo de conduta ou na inexistência de dano, justamente por ser desnecessária a demonstração de culpa. Assim, só será eximida a obrigação de indenizar quando o fornecedor conseguir demonstrar alguma das hipóteses do art. 12, §3º do CDC, em se tratando de fato do produto, ou do art. 14, § 3º do CDC, em se tratando de fato do serviço – ou seja, fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito (externo) e força maior. Ressalta-se ainda que, em ambos os casos, haverá a inversão legal e automática do ônus da prova em prol do consumidor.

Observação a ser feita é que a responsabilidade objetiva não se confunde com culpa presumida. Esta última, embora se assemelhe à responsabilidade objetiva no quesito “inversão do ônus da prova”, ainda é dependente da culpa para ensejar a responsabilidade civil. Conforme explica Flávio Tartuce (2023, p. 558), a diferença entre ambas se encontra no fato de que, enquanto na culpa presumida a comprovação de ausência de culpa pelo réu afasta a responsabilidade civil, na responsabilidade objetiva isso não é suficiente, sendo necessária a descaracterização do próprio nexo de causalidade ou a da existência do dano alegado para tanto.

Tal diferenciação será importante quando do estudo do tratamento adotado à responsabilidade dos agentes de tratamento de dados pessoais (controladores e operadores de dados pessoais), nos próximos tópicos.

3. APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

3.1. TRATAMENTO CONFERIDO AOS OPERADORES DE DADOS PESSOAIS APÓS A VIGÊNCIA DA LGPD

Durante o período de redação dos anteprojetos de lei anteriores à redação final Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, algumas propostas com diferentes regimes de responsabilidade civil foram apresentadas. Bruno Bioni e Daniel Dias dispõem inicialmente acerca de duas versões de anteprojetos de lei, que tomavam como base a adoção da responsabilidade objetiva, de modo semelhante ao que se encontra atualmente no CDC (BIONI e DIAS, 2020, p. 6). Ambas eram semelhantes entre si ao afirmar a ideia da responsabilidade objetiva, porém diferiam em alguns aspectos.

Enquanto a primeira trazia consigo a ideia do risco da atividade para embasar a aplicação desse regime jurídico, a segunda versão omitiria tal informação, mas disporia expressamente que os agentes de tratamento de dados deveriam ser responsabilizados independentemente de culpa. Mais ainda, esta última inovaria ao dispor acerca da responsabilidade solidária entre esses agentes.

Contudo, o texto final da LGPD sofreu certa guinada em relação a direção que vinha adotando, a partir da tramitação do PL 53/2018³⁴. Os termos que antes carregavam um viés mais objetivo da responsabilidade civil passaram a dar lugar para a culpa³⁵ como requisito para o reconhecimento da responsabilidade dos agentes de tratamento de dados (BIONI e DIAS, 2020, p. 5).

Apesar do fato de o tratamento de dados ser uma atividade de risco – e de a nova lei reconhecer tal aspecto – houve certa regressão no tratamento conferido à responsabilidade civil a partir desse novo dispositivo normativo, em relação à

³⁴ Texto normativo que veio posteriormente a ser aprovado como Lei 13.709/2018 – a atual Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Vide referências bibliográficas.

³⁵ Nas palavras dos autores, “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 e DIAS, 2020, p. 5)

tendência que antes vinha sido desenvolvida no nosso ordenamento jurídico, especialmente em comparação ao que acontece atualmente no CDC.

Atualmente, os arts. 42 a 45 da LGPD disciplinam o tratamento conferido pela lei à responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados. A LGPD buscou estabelecer princípios e meios de conduta a serem tomados pelos agentes que realizam o tratamento de dados e pelos órgãos técnicos que realizam a sua fiscalização. Entre tais princípios e medidas, Bioni e Dias citam o “princípio da *accountability*” e os “relatórios de impacto à proteção de dados pessoais”, além de uma seção na lei dedicada às práticas de governança (BIONI e DIAS, 2020, p. 7-8).

Tais medidas, além de serem premissas a serem adotadas para o tratamento de dados pessoais pelos agentes envolvidos, servem como filtros (ou parâmetros) para avaliação objetiva da culpabilidade de determinado agente, para fins de responsabilização civil. Isso porque a LGPD optou por abandonar a responsabilidade objetiva ao adotar um sistema que expressamente requer a configuração de prática contrária à lei, conforme preceituam BIONI e DIAS (2020, p. 5).

Embora parte da doutrina defenda que a responsabilidade adotada pela LGPD seria objetiva³⁶, compartilha-se aqui da mesma posição adotada por BIONI e DIAS, de que o elemento culpa é atualmente necessário para a caracterização da responsabilidade civil. Evidência disso pode ser encontrada no art. 43, II, que elenca como causa excludente de responsabilidade o tratamento em não-violação à legislação de dados. Tal disposição reafirma a necessidade de reconhecimento da culpa do agente para a possibilidade de responsabilização, o que não aconteceria caso o regime de responsabilidade adotado fosse o puramente objetivo.

Observa-se, contudo, que há uma mitigação do elemento culpa na composição dos requisitos para caracterização da responsabilidade civil. Isso acontece devido ao fato de que a LGPD traz determinadas hipóteses em que se presumirá a violação da

³⁶ A título de exemplo, traz-se respeitosamente a posição do jurista Walter Aranha Capanema, o qual, na página 166 de sua obra “A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados”, afirma ser a responsabilidade jurídica do agente objetiva sob a LGPD. Vide referências.

legislação bem como adota certas premissas em relação às partes da relação jurídica, as quais serão tratadas em subtópico a seguir.

3.1.1. Culpa presumida dos agentes de tratamento

A LGPD abriu um leque interpretativo ao estabelecer duas hipóteses de caracterização da responsabilidade civil. A leitura do art. 44 e de seu parágrafo único pode levar a interpretações conflitantes acerca do tipo de responsabilidade civil adotado pelo legislador.

O caput do art. 44 dispõe acerca da possibilidade de responsabilização dos agentes quando houver inobservância da legislação, bem como quando não for fornecida a segurança que o titular pode esperar. Em ambos os casos se considera que o tratamento de dados foi realizado de forma irregular, o que se leva a crer que houve violação à legislação e, portanto, ensejar-se-ia uma responsabilidade subjetiva.

Observa-se que aqui existem duas hipóteses distintas para a responsabilização, seja por violação direta à legislação, seja pela falha de segurança. Além disso, os incisos do art. 44 elencam as circunstâncias a serem consideradas, durante o tratamento de dados, para fins de responsabilização. Em especial, se traz o inciso III do referido artigo, o qual, em leitura conjunta ao caput, assim seria:

Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular [...] quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

[...]

III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Anderson Schreiber, no capítulo 16 da obra *Tratado de Proteção de Dados Pessoais* (SCHREIBER, 2021, p. 336), relata a semelhança que esse dispositivo tem com o art. 14, §1º do CDC³⁷, que dispõe acerca do defeito do serviço. A leitura do art. 44 e incisos

³⁷ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

[...]

somadas ao art. 42 da LGPD, bem como em comparação ao art. 14, §1 do CDC, leva à constatação da presença de um alto grau de objetividade na aferição da culpa do agente, o que poderia implicar em uma presunção de culpa em ambas as hipóteses de tratamento irregular.

Não obstante, o parágrafo único do art. 44 da LGPD acrescenta que a mera omissão na adoção das práticas previstas no art. 46 ensejaria a responsabilidade civil do agente, caso isso resultasse em danos ao titular. BIONI e DIAS (2020, p. 12) afirmam que tal dispositivo deve coincidir com a própria previsão contida no respectivo caput do art. 44, cuja consequência implicaria no reconhecimento do tratamento irregular.

Dessa forma, a leitura conjunta do art. 14, caput e incisos – consideradas ainda as circunstâncias do inciso III, que devem ser objetivamente analisadas à luz do caso concreto e das particularidades de cada agente de tratamento de dados (BIONI e DIAS, 2020, p. 15) – e do parágrafo único do art. 14 seria, portanto, suficiente para a demonstração de culpa dos agentes envolvidos.

3.1.2. Excludentes de ilicitude e inversão do ônus da prova

Os avanços da tecnologia vêm causando drásticas mudanças na sociedade, em especial ao que se refere à informatização das atividades e da disponibilização de diversos tipos de dados a empresas que controlam um grande volume de dados, o chamado *Big Data*. Nesse sentido, o legislador reconhece a posição de desvantagem que muitas vezes o titular de dados se encontra em relação aos controladores e operadores, em que é difícil até mesmo estabelecer com precisão quais dados lhe foram extraídos, de que forma isso foi feito e quem seriam os agentes de tratamento (TEIXEIRA e ARMELIN, 2020, p. 323).

Em virtude disso, o legislador buscou conferir medidas que visam reduzir essa posição de desvantagem do titular, especialmente pela inversão do ônus da prova. O art. 42, § 2º da LGPD dispõe que, em caso de verossimilhança das alegações do titular,

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

(grifo nosso)

quando este for hipossuficiente para fins de produção de prova, ou quando a produção de prova se mostrar excessivamente onerosa, poderá o juiz, a seu critério, determinar a inversão do ônus da prova em prol do titular de dados pessoais. Tal disposição se assemelha à inversão do ônus probatório contida no art. 6º, VIII do CDC³⁸.

Além desse aspecto, há de se notar ainda as hipóteses de exclusão da responsabilidade, inseridas pelo legislador no art. 43 e incisos, da LGPD. Tais hipóteses são taxativas, de modo que é possível concluir também, por meio desse dispositivo, acerca da autoria do agente de tratamento de dados, assim como da existência de presunção automática de violação à legislação ou irregularidade no tratamento de dados (BIONI e DIAS, 2020, p. 18).

Ainda assim, Bruno Bioni e Daniel Dias afirmam que essa implicação automática de culpa não dispensa a necessidade de o ofendido (titular) provar a existência de algum tratamento de dados realizado, do dano sofrido e do nexo de causalidade que liga o dano ao tratamento realizado (BIONI e DIAS, 2020, p. 18).

3.1.3. Relação de consumo e aplicação subsidiária do CDC

A LGPD inova no tema proteção de dados no Brasil, sendo a primeira lei geral a regulamentar o tema. Entretanto, conforme relatado nos subtópicos anteriores, não adota expressa e explicitamente um modelo de responsabilidade civil – embora a responsabilidade subjetiva pareça ser o modelo mais próximo à vontade do legislador – mas abre espaço para discussão doutrinária, bem como necessita do apoio de outras fontes normativas para que a hermenêutica aplicada possa ser a mais adequada. Para tanto corrobora Oscar Valente Cardoso com as disposições apresentadas até aqui, resumindo-as em um único parágrafo:

A LGPD não contém um regime próprio e específico de responsabilidade civil no tratamento de dados pessoais, mas apenas regras que especificam o que é um tratamento irregular (art. 44), indicam quem são os responsáveis por danos ou atos ilícitos (art. 42), ressalvam as excludentes de responsabilidade (art. 43) e remetem à lei própria (que é o Código de Defesa do Consumidor)

³⁸ Segundo o art. 6º, VIII do CDC: São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

a aplicação das regras de responsabilidade sobre o tratamento de dados nas relações de consumo (art. 45). (CARDOSO, 2022, p. 3)

Observa-se que o art. 45 da LGPD é expressamente remissivo à aplicação do CDC em situações que as partes se revelem diante de uma relação de consumo em que haja o tratamento de dados pessoais. Nesse sentido, observa-se que a nova lei busca promover o diálogo entre as fontes – teoria citada anteriormente neste trabalho – para melhor adequar a aplicação da responsabilidade civil à relação jurídica de consumo, a fim de compatibilizar o seu sistema jurídico com a legislação consumerista, considerando que ambos os diplomas (CDC e LGPD) encontram fundamento constitucional, como direitos fundamentais presentes no art. 5º, XXXII e LXXIX da Constituição Federal, respectivamente.

Importante trazer a teoria do diálogo entre as fontes em voga pois, conforme preceitua Bruno Bioni (2021, p. 269-270), o que se busca é a aplicação coordenada das leis, de modo que que uma legislação exerça influência sobre a outra – e vice-versa – e que o julgador intérprete possa aplicar ambos os diplomas em harmonia com ordenamento no caso concreto. O autor vai além, ao afirmar que “o texto da lei, [...], coloca-se como uma *fonte normativa materialmente geral* que deve conversar com as demais para governar o uso de dados pessoais”.

No mesmo sentido complementa Oscar Valente Cardoso ao afirmar que não somente às relações de consumo se aplica o diálogo entre as fontes, nos termos do art. 45 da LGPD, mas a qualquer relação civil que envolva tratamento de dados. Assim, poderá a responsabilidade civil ser buscada também em outra fonte normativa (como o Código Civil ou o Código Florestal), em coordenação às disposições da LGPD (CARDOSO, 2022, p. 3).

Por outro lado, esse diálogo entre as disposições normativas descritas na LGPD, associadas à falta de uma adoção clara por um ou outro tipo de responsabilidade civil torna o sistema ainda mais complexo e passível a interpretações conflitantes.

No caso específico de diálogo entre a LGPD e o CDC, adota-se aqui a posição tomada por Bruno Miragem em seu artigo (MIRAGEM, 2019, p. 27), segundo o qual, em caso de violações de dados amparados pela relação de consumo, seria plenamente

possível a aplicação da responsabilidade pelo fato do serviço, presente no art. 14 do CDC, bem como as hipóteses de exclusão de responsabilidade previstas no §3º deste artigo, haja vista que estas são plenamente compatíveis com as disposições da LGPD – uma vez que não há distinção na prática de se atribuir uma responsabilidade subjetiva ou objetiva, já que o defeito do serviço é o próprio tratamento indevido de dados (a culpa estaria necessariamente presente neste caso) –, bem como há autorização expressa da adoção da legislação consumerista ao julgador, pela previsão disposta no art. 45 da LGPD.

3.2. UMA NOVA INTERPRETAÇÃO DA LGPD SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE

Antes de se perquirir qualquer caminho argumentativo a ser proposto, há de se tomar como premissa a atividade de tratamento de dados como sendo uma atividade de risco. O legislador buscou estabelecer tal ideia não de forma engessada, fixa e igual em qualquer tipo de tratamento de dados, mas ao contrário, promove-se uma certa gradação de risco aplicável a diferentes tipos de tratamento de dados, sendo que, a depender das circunstâncias, poderá haver maior ou menor grau de risco para determinada atividade, a qual caberá uma análise subjetiva do caso concreto – evidência disso encontra-se na presença dos *relatórios de impacto à proteção de dados pessoais*, destinados aos tratamentos de dados considerados de alto risco (BIONI e DIAS, 2020, p. 8), ou mesmo na intenção que o legislador teve ao diferenciar dados pessoais e dados pessoais sensíveis.

De qualquer forma, deve-se concordar que o risco permanece como uma constante aplicável a qualquer tratamento de dados, ou seja, o tratamento de dados sempre possuirá ao menos algum grau de risco, por menor que seja, independente de qual seja o tipo de tratamento exercido ou das medidas mitigadoras adotadas.

Partindo-se de tal ideia, será novamente realizada uma análise do art. 44 caput e incisos, da LGPD, bem como do seu respectivo parágrafo único. SCHREIBER (2021, p. 336) aponta que, em que pese o art. 44 da LGPD trazer em seu texto o termo tratamento irregular, não o dispõe em qualquer outro artigo. Além disso, há de se lembrar que o termo “tratamento irregular” se refere a duas hipóteses de tratamento,

conforme já citado neste trabalho, quais sejam: a) pela inobservância da legislação civil ou; b) quando o agente “não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar”, nos termos do art. 44, caput, da LGPD.

Em continuação, dispõe o autor que o parágrafo único do art. 44 parece repetir o art. 42 da LGPD, que define a responsabilidade como consequência da violação da legislação de proteção de dados pessoais. Contudo, não há menção à responsabilidade civil que decorra do termo tratamento irregular em si – aliás, não há qualquer menção ao termo tratamento irregular além daquela contida no caput do art. 44.

Ou seja, embora o termo tratamento irregular sugira que algum tipo de responsabilidade deveria recair sobre o agente que o pratica, a leitura literal da lei impõe que não se poderia atribuir qualquer consequência ao agente, baseando-se unicamente nesse termo. Tal fato geraria duas situações distintas: na primeira hipótese de tratamento irregular, haveria redundância entre os art. 44, caput e seu respectivo parágrafo único, uma vez que a responsabilidade do agente pelo tratamento de dados em violação à legislação já se encontra abarcada pela disposição contida no art. 42; na segunda hipótese, não haveria qualquer efeito jurídico ao agente que, ainda que cumprisse a legislação, não fornecesse a segurança que o titular dele poderia esperar, causando-lhe danos (SCHREIBER, 2021, p. 337). Não parece ter sido essa a intenção do legislador.

Ademais, essa última hipótese do caput do art. 44, em conjunto com os incisos II e III, remetem diretamente a uma semelhança com o defeito na prestação de serviço, do art. 14 do CDC, conforme já abordado no subtópico anterior³⁹, onde o legislador consumerista previu uma responsabilização objetiva naquele caso.

Sob um ponto de vista teleológico, Schreiber conclui que faz mais sentido considerar a aplicação de tal norma aos princípios que a LGPD busca alcançar, em especial ao princípio da proteção à autodeterminação do titular de dados, que confere ao titular a proeminência na relação jurídica de tratamento de dados (SCHREIBER, 2021, p. 338).

³⁹ Vide subtópico 3.1.3.

Seria contraditório adotar-se uma interpretação que permitisse tal lacuna normativa permanecer em aberto, quando o intuito da lei é justamente conferir segurança jurídica às situações que envolvam o tratamento de dados, especialmente se não houver lei específica que discipline determinado tipo de relação.

Além disso, há de se reconhecer novamente o diálogo entre as fontes, já abordado neste trabalho, de modo a permitir a aplicação das disposições contidas não somente no CDC, por ser norma que regula matéria especial, mas ao próprio Código Civil, pela cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil (SCHREIBER, 2021, p. 339).

A aplicação da segunda parte do parágrafo único do art. 927, C.C é plenamente adequada a esse caso, tendo-se em vista que a atividade de tratamento de dados é uma atividade que por sua própria natureza implica em risco ao titular de dados pessoais, conforme a premissa apresentada no início deste subtópico.

3.2.1. A efetividade da responsabilidade civil para fins de efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais

Uma possível fonte de dúvida entre os operadores do direito pode surgir acerca de qual sistema de responsabilidade seria o mais efetivo para garantir a segurança necessária aos titulares de dados pessoais, especialmente naqueles tipos de tratamento mais suscetíveis a vazamentos ou em cujos dados tenham um teor mais sensível.

Se por um lado se busca a tutela do direito fundamental à proteção de dados pessoais, por outro não se pretende inibir ou tornar inviável o tratamento de dados em uma sociedade que se torna cada vez mais informatizada e dependente de tais serviços, conforme ocorre atualmente (MORAIS e QUEIROZ, 2019, p. 127-128).

Em análise mais aprofundada do tema, pode-se observar que a LGPD instaura um novo modelo de responsabilidade civil, que não se amolda perfeitamente em um ou outro modelo já conhecido. Ainda que se reconheça a necessidade de caracterização de um tratamento irregular, conforme os casos explicados no subtópico anterior,

haverá em qualquer dos casos a violação de um dever positivo imposto aos operadores e controladores de dados, de modo que, na prática, o que se vê é a presença de uma “responsabilidade ativa ou proativa” aplicável aos agentes de tratamento de dados (MORAES e QUEIROZ, 2019, p. 129).

Nesse sentido, Bruno Bioni e Daniel Dias (2020, p. 20) trazem a noção de obrigação de meio *versus* obrigação de resultado, uma vez que, segundo os autores “na prática, no caso de uma obrigação de resultado, a não consecução do resultado almejado implica uma presunção de culpa em relação ao inadimplemento”. Concomitantemente, Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz (2019, p. 129) apontam o conceito de *prestação de contas*, por meio do qual se exercerá a chamada responsabilidade proativa acima citada.

Observa-se que ambos os conceitos se interseccionam, uma vez que buscam, na prática, a adoção pelos agentes de tratamento de dados de medidas eficazes, as quais sejam “capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais”, conforme consta no art. 6º, X da LGPD.

Em que pese não haver na lei uma resposta definitiva acerca de qual tipo de obrigação se adotou⁴⁰, pode-se extrair de seus objetivos a presença de uma norma de conduta que impõe constante fiscalização e outros deveres positivos por parte dos agentes de tratamento de dados para a prevenção de violações à legislação de segurança de dados, os quais, em caso de constatação de uma violação de dados pessoais, deverão provar tal cumprimento sob pena de presunção contrária capaz de ensejar a responsabilização civil (MORAES e QUEIROZ, 2019, p. 129-130).

Uma alternativa complementar aos agentes pode ser ainda a adoção da chamada *privacy by design*, uma tecnologia, implementada na própria arquitetura do dispositivo de informação, que seja programada, por padrão, para restringir automaticamente o

⁴⁰ Bruno Bioni e Daniel Dias (2020, p. 19-21) apontam que a análise da estrutura normativa da LGPD, por eles realizada, indicaria certa dubiedade acerca do tipo de obrigação adotado pela lei, tendo em vista a existência tanto de dispositivos que levam a crer estar presente uma obrigação de meio quanto de outros dispositivos que levam a crer estar presente uma obrigação de resultado. Para melhor compreensão, vide subtópico 3.3 da obra citada.

processamento de dados ao mínimo possível⁴¹ (KOOPS *et al*, 2013, p. 678), de modo a cumprir genericamente à legislação de dados pessoais, em especial ao art. 46 da LGPD (BIONI e DIAS, 2020, P. 20)

De qualquer forma, há ainda outros meios jurídicos de efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais que não se resumem à responsabilização civil, seja pela ação regulatória e fiscalizatória da Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais – ANPD, nos termos do art. 55-J da LGPD e por meio ainda da aplicação de sanções administrativas (art. 55-K da LGPD), seja pela atuação do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais – CNPD, nos termos do art. 58-B da LGPD, ou ainda pela atuação do Ministério Público e de demais entidades legitimadas a propor ações coletivas, considerando a pertinência temática no âmbito da proteção de dados pessoais.

⁴¹ KOOPS *et al* (2013, 678) define *privacy by design* como “the need that information systems be designed in such a way that privacy and data protection rules are automatically enforced and that default settings restrict data processing to a necessary minimum”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A LGPD inovou a legislação de dados no Brasil em diversos aspectos ao trazer um conjunto de normas que regulam de modo geral o tema proteção de dados em nosso país. Apesar de não ter sido a pioneira a tratar do tema, é sem dúvida a lei que abarca de modo mais abrangente as situações que envolvem tratamento de dados pessoais no Brasil, atualmente.

A nova legislação também traz um novo panorama jurídico ao tratamento de dados pessoais, ao estabelecer um conjunto de princípios que devem guiar o trabalho dos operadores do direito a respeito do tema, além de regras de conduta que garantem maior previsibilidade ao tratamento de dados pessoais, colocando os titulares como centro da proteção conferida pela lei.

Posteriormente, com a proteção dos dados pessoais tendo sido elevada a direito fundamental (art. 5º, LXXIX da CRFB/88), o ordenamento jurídico brasileiro dá um passo à frente em busca da concretização desse direito. Para obter a sua efetivação na prática, a LGPD novamente traz conceitos técnicos, bem como ferramentas jurídicas para concretizar o mandamento constitucional, mais abstrato e genérico.

Foi possível observar o desenvolvimento da responsabilidade civil a partir de seu surgimento e evolução histórica, assim como a sua evolução material, a qual sofreu transformação de seus fundamentos, tornando-se cada vez mais complexa de se analisar ao longo do tempo.

Buscou-se definir as bases e os fundamentos jurídicos da responsabilidade civil, os quais serviriam de base para o estudo da responsabilidade civil no âmbito do tratamento de dados pessoais.

Atualmente, a própria LGPD evidenciou que a responsabilidade civil não é apenas um instituto jurídico a ser analisado sob o viés dicotômico da objetividade e subjetividade, eis que comporta nuances que levam, a depender da situação concreta, a uma análise mais minuciosa de seus elementos – não somente do elemento culpa.

Observa-se ainda que, em uma sociedade cada vez mais conectada e dependente das novas tecnologias que nos são apresentadas, o papel da legislação de dados pessoais não é impedir o seu desenvolvimento, mas garantir um papel de primazia do indivíduo titular de dados pessoais, tendo em vista o princípio da autodeterminação informativa, que é elemento central na LGPD.

Por fim, nota-se que, ao buscar nos autores envolvidos com o tratamento de dados (agentes de dados) ou mesmo na própria tecnologia que os acompanha – seja por meio de uma responsabilidade proativa dos agentes mediante a prestação de contas, seja até mesmo pela adoção de uma *privacy by design*, conforme explicado – a legislação de dados se coloca também à frente da própria visão do Direito brasileiro, costumeiramente concentrado em focar os esforços para a solução de problemas da sociedade unicamente nas capacidades do Estado, de modo a ignorar, por vezes, os próprios sujeitos interessados em buscar tal solução.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011.

BIONI, Bruno *et al.* **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. Xeque-Mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. 2015. 33 f. **Projeto de pesquisa Privacidade e Vigilância - GPaPAI/USP**. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/28752561/Xeque-Mate_o_trip%C3%A9_de_prote%C3%A7%C3%A3o_de_dados_pessoais_no_xadrez_das_iniciativas_legislativas_no_Brasil>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BIONI, B.; DIAS, D. 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**, v. 9, n. 3, p. 1-23, 22 dez. 2020. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/662/506>>. Acesso em: 16 maio 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2023.

_____. Decreto-lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm>. Acesso em: 09 maio 2023.

_____. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 fev. 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm>. Acesso em: 30 mar. 2023.

_____. Lei nº 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2023.

_____. Lei nº 10.406 (Código Civil), de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 25 abr. 2023.

_____. Lei nº 12.965 (Marco Civil da Internet), de 23 de abril de 2014. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 23 mar. 2023.

_____. Lei nº 13.709 (Lei Geral de Proteção de Dados), de 14 de agosto de 2018. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 23 mar. 2023.

_____. Projeto de Lei nº 53, de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486>>. Acesso em: 16 maio 2023.

CAPANEMA, Walter Aranha. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. Cadernos Jurídicos, [2020]. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_6_a_responsabilidade_civil.pdf?d=637250347559005712>. Acesso em: 16 maio 2023.

CARDOSO, Oscar Valente. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista dos Tribunais** - Revista de Direito Privado, São Paulo, vol. 111/2022, p. 109 – 123, jan - mar, 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2021.

CIFUENTES, Santos. **Elementos de derecho civil**. Parte general. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1999.

DE TEFFÉ, C. A. S.; TEPEDINO, G. O consentimento na circulação de dados pessoais. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 25, n. 03, p. 83, 2020. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/521>>. Acesso em: 5 abr. 2023.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91–108, 2011. Disponível em: <<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>>. Acesso em: 30 mar. 2023.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DUQUE, Bruna Lyra. A intervenção estatal e a liberdade contratual: uma investigação acerca da ponderação de princípios na ordem econômica constitucional. 2004. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2004. Disponível em: <<http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/28>>. Acesso em: 30 mar. 2023.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O conteúdo retórico do direito à privacidade e a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado. 2014. 228 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014. Disponível em:<<http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/9>>. Acesso em: 06 abr. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

KOOPS, Bert-Jaap. HOEPMAN, Jaap-Henk. LEENES, Ronald. Open-source intelligence and privacy by design. In: Computer Law & Security Review, Nº 29. 2013.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista dos Tribunais** - Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 45/2003, p. 71-99, jan-mar, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 23. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MENDES, Laura Schertel. Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. Departamento de Pós-Graduação Unb. Brasília, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4782/1/DISSERTACAO%20LAURA.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2023.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1009/2019, nov, 2019

MORAES, Maria Celina Bodin de. Apresentação. In: RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MORAES, Maria C. B.; QUEIROZ, João Q. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutelada pessoa humana na LGPD. In: Cadernos Adenauer XX, 2019, nº 3, Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro, Fundação Konrad Adenauer, out de 2019.

MULHOLLAND, C. S. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). **Revista de**

Direitos e Garantias Fundamentais, [S. l.], v. 19, n. 3, p. 159–180, 2018. DOI: 10.18759/rdgf.v19i3.1603. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>>. Acesso em: 30 mar. 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ROCHA, C. G.; FREIRE, E. C. Da possibilidade e da necessidade de responsabilização civil pelo risco do desenvolvimento: um argumento sociológico. **civilistica.com**, v. 10, n. 2, p. 1-28, 18 set. 2021. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/539>>. Acesso em: 08 maio 2023.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARTORI, E. C. M.; BAHIA, C. J. A. *Big Brother is watching you*: da distopia orwelliana ao direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 20, n. 3, p. 225–248, 2019. DOI: 10.18759/rdgf.v20i3.1785. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1785>. Acesso em: 30 mar. 2023.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: BIONI, Bruno *et al.* **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHWARTZ, Paul M.; SOLOVE, Daniel J. The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information. **Review Law N.Y.U.**, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1909366>>. Acesso em: 30 mar. 2023.

STOCO, Rui. “Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 855, jan. 2007.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. Responsabilidade e ressarcimento de danos por violação às regras previstas na LGPD: um cotejamento com o CDC. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2020. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>>. Acesso em: 17 maio 2023.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WARREN, Samuel; BRANDELS, Louis. "The right to privacy", in: 4 Harvard Law Review 193 (1890). Disponível em <<https://doi.org/10.2307/1321160>>. Acesso em: 30 mar. 2023.