

GUSTAVO TEPEDINO
ANA FRAZÃO
MILENA DONATO OLIVA
COORDENADORES

Lei Geral de **PROTEÇÃO DE** **DADOS PESSOAIS**

e suas repercussões no Direito Brasileiro

2ª tiragem

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo
MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araujo e Marcella Pâmela da Costa Silva

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Analista de conteúdo editorial: Quenia Becker

Assistente de conteúdo editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista administrativo: Tatiana Leite

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Produção Editorial
Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Fernanda Lessa, Rafael Ribeiro e Thais Pereira

Estagiárias: Beatriz Fialho e Diene Ellen

Capa: Linotec

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Maria Cristina Lopes Araujo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro / Ana Frazão, Gustavo Tepedino, Milena Donato Oliva coordenação. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

Vários autores
Bibliografia
ISBN 978-85-5321-663-5

1. Direito à privacidade - Brasil 2. Direito de privacidade 3. Direitos fundamentais - Brasil 4. Personalidade (Direito) 5. Proteção de dados - Direito - Brasil 6. Proteção de dados - Leis e legislação I. Frazão, Ana. II. Tepedino, Gustavo. III. Oliva, Milena Donato.

19-28043

CDU-342.721(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Proteção de dados pessoais : Direito 342.721(81)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

GUSTAVO TEPEDINO
ANA FRAZÃO
MILENA DONATO OLIVA
COORDENADORES

Lei Geral de PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

e suas repercussões no Direito Brasileiro

2ª tiragem

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

duas grandes partes: a primeira dedica-se ao estudo dos aspectos estruturais da LGPD e dos direitos dos titulares de dados e a segunda explora os diversos tipos de tratamento de dados e questões específicas relevantes.

Embora seja um livro coletivo, houve a preocupação de oferecer ao leitor um conjunto harmônico e sistematizado, que possibilite uma incursão sobre o tema a partir de abordagem que concilie profundidade com didática e aplicabilidade prática. Por essa razão, a estrutura foi decidida inicialmente pelos organizadores, tendo os autores sido convidados para escrever sobre os temas previamente definidos. Somente assim seria possível que o livro pudesse ser um “Curso sobre LGPD” e não uma mera coletânea sobre tópicos específicos.

Houve também a preocupação de se concentrar nas questões fundamentais da LGPD, conectando-a com as principais discussões já existentes sobre o assunto na Europa - especialmente à luz do GDPR - e também de outras nações. Daí o cuidado com a abordagem dos temas sob perspectivas que reforçaram os pressupostos e finalidades dos institutos analisados, evitando que as análises se tornem desatualizadas com eventuais modificações legislativas, especialmente em virtude da tramitação da Medida Provisória 869/2018, que foi editada precisamente durante o período de elaboração do livro.

É também importante ser ressaltado que o livro foi pensado para atrair a atenção da academia, mas sem desconsiderar a necessidade de atender ao público de estudantes, advogados e profissionais que já perceberam o quanto a LGPD transformará a sociedade e as relações jurídicas. Daí a preocupação com o tratamento geral e sistemático das principais questões, a fim de que o leitor, ao final, possa ter os subsídios necessários para compreender e aplicar as principais soluções da LGPD.

Organizar um livro com essas pretensões obviamente não foi uma tarefa simples, até porque tínhamos realmente a ambição de que ele fosse publicado rapidamente, antes mesmo de a LGPD entrar em vigor, até para que pudesse cumprir a sua função de auxiliar na fase de transição e adaptação pela qual empresas, governo, organizações e mesmo os cidadãos terão que passar.

Isso não teria sido possível sem a colaboração dos nossos autores, os quais, mesmo com a agenda atribulada, abraçaram o nosso projeto com grande esforço e dedicação. Para eles, fica o registro do nosso mais profundo agradecimento e a grande satisfação de ver que o resultado final do livro superou todas as nossas expectativas.

Brasília, junho de 2019.

ANA FRAZÃO

Sumário

Apresentação	5
---------------------------	---

PARTE I ASPECTOS ESTRUTURAIS DA LGPD E DIREITOS DOS TITULARES DE DADOS

Capítulo 1 - Fundamentos da proteção dos dados pessoais - Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados	23
<i>Ana Frazão</i>	
1. Introdução	24
2. A proteção dos dados pessoais como forma de endereçar os efeitos nefastos do capitalismo de vigilância: a violação da privacidade como um negócio	26
3. A proteção dos dados pessoais como forma de endereçar os riscos que os algoritmos representam às liberdades individuais e à própria democracia.....	31
4. A proteção dos dados pessoais como forma de endereçar o problema da opacidade e da ausência de <i>accountability</i> da economia movida a dados.....	38
5. A regulação de dados pessoais como forma de endereçar os riscos do poder crescente das grandes plataformas sobre os cidadãos	43
6. Conclusões.....	48
7. Referências bibliográficas	49

Capítulo 2 – Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018 53

Marco Aurélio Bellizze Oliveira e Isabela Maria Pereira Lopes

Introdução.....	53
1. O sistema legal de proteção de dados no Brasil e seus princípios	62
2. A concretização dos princípios na Lei de Proteção de Dados Pessoais – Lei 13.709/2018	71
3. Conclusão	81
Referências bibliográficas.....	82

Capítulo 3 – A proteção de dados pessoais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça 85

Ricardo Villas Bôas Cueva

1. Introdução	85
2. Do conceito tradicional de privacidade à proteção de dados pessoais	86
3. Um novo conceito de privacidade reconhecido na análise dos cadastros negativos e positivos de crédito	88
4. Os sistemas de avaliação de risco de crédito (<i>credit score</i>)	90
5. Remoção de conteúdos da internet e o direito ao apagamento de dados pessoais.....	93
6. Considerações finais	98
Referências bibliográficas.....	98

Capítulo 4 – Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados 99

Ana Frazão

1. Introdução	99
2. Os objetivos da LGPD: o que proteger e por que proteger?	100
2.1. Os direitos tutelados pela LGPD e a sua dimensão existencial.....	100
2.2. Uma nova compreensão da privacidade	104
2.3. A racionalidade econômica da proteção dos dados pessoais	110
3. O alcance da LGPD: como proteger?	116
3.1. A LGPD no contexto das alternativas de autorregulação ou correção.....	116
3.2. A LGPD no contexto das alternativas de regulação pela tecnologia.....	119

3.3. A LGPD e a questão da regulação pelo mercado: consentimento ou dominação?	123
3.4. A LGPD como fio condutor das demais formas de regulação	125
4. Considerações finais	126
5. Referências bibliográficas	128

Capítulo 5 – A titularidade de dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? 131

Roberta Mauro Medina Maia

1. Introdução	131
2. Ainda sobre direitos reais e pessoais: sua distinção estrutural e funcional	133
3. A titularidade dos dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a teoria da apropriação (<i>propertization</i>).....	143
4. Titularidade x propriedade: distinção terminológica e a opção adotada pelo legislador.....	148
5. Conclusão	152
Referências	153

Capítulo 6 – Quando a Lei Geral de Proteção de Dados não se aplica? 157

Joyceane Bezerra de Menezes e Hian Silva Colaço

Introdução.....	158
1. Sociedade da informação e tutela da privacidade: emergência da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709, de 14.08.2018).....	161
2. Tensão entre Privacidade, Informação e Segurança	165
3. Matérias que não sofrem incidência da LGPD	171
3.1. Tratamento de dados realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos.....	172
3.2. Tratamento de dados para fins jornalísticos e artísticos	177
3.3. Tratamento de dados para fins acadêmicos	183
3.4. Tratamento de dados realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão das infrações penais.	186
3.5. Dados coletados, tratados e utilizados fora do território nacional.....	191
Conclusão	195

Capítulo 7 – Diálogos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e a Lei de Acesso à Informação	199
<i>Ana Carla Harmatiuk Matos e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk</i>	
1. Introdução	200
2. Do caráter jusfundamental do direito à informação e do direito à privacidade	201
3. Das diretrizes fundamentais da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) e do sigilo como exceção	202
4. Dos princípios fundamentais da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e de sua vinculação expressa à proteção à privacidade	203
5. Da disciplina da Lei de Acesso à Informação a respeito dos dados pessoais	204
6. Da definição de dados pessoais na Lei 13.709/2018 e das diretrizes quanto à sua coleta e ao seu tratamento	206
7. Possíveis controvérsias advindas da aplicação conjunta de ambos os diplomas legais, e da necessidade de sua harmonização	208
Conclusão	216
Referências bibliográficas	218
Capítulo 8 – Término do Tratamento de Dados	219
<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Rose Melo Vencelau M.ireles-</i>	
1. Introdução	219
2. Término do tratamento de dados	221
3. Direito ao esquecimento: distinção necessária	225
4. Responsabilidade civil pelas operações de dados após o término do seu tratamento	228
5. Considerações Finais	239
Referências	240
Capítulo 9 – Direitos do titular de dados pessoais na Lei 13.709/2018: uma abordagem sistemática	243
<i>Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva</i>	
1. Introdução	243
2. Direitos e remédios na tradição de <i>civil law</i>	248
3. A pretensa atribuição de direitos ao titular de dados pela LGPD: enunciação de remédios	259
4. O risco da suposta taxatividade dos remédios previstos pela LGPD	269

5. Considerações finais	280
6. Referências bibliográficas	281
Capítulo 10 – Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD	287
<i>Gustavo Tepedino e Chiara Spadaccini de Teffé</i>	
1. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: notas introdutórias	288
2. O fornecimento de consentimento pelo titular	297
3. Tratamento de dados pessoais sensíveis: requisição de consentimento específico e destacado	306
4. Dados pessoais de crianças e adolescentes: considerações sobre a norma relativa ao consentimento	310
Considerações finais	319
Referências	320
Capítulo 11 – Potencialidades do direito de acesso na nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018)	323
<i>Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Diana Paiva de Castro</i>	
1. Introdução	324
2. Redefinição do conceito de privacidade na legalidade constitucional	325
3. Efetividade do direito de acesso na nova lei geral de proteção de dados	327
3.1. Procedimento do acesso: gratuito, facilitado e tutelado por meio individual ou coletivo	329
3.2. Funcionamento do acesso: informações a respeito de todo o processo de tratamento, tutela do princípio da não discriminação e gama de direitos do titular	331
3.3. Âmbito de incidência do acesso: integralidade dos dados tratados por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado	338
4. Considerações finais	342
5. Referências bibliográficas	343
Capítulo 12 – O direito à portabilidade na Lei de Proteção de Dados	347
<i>Daniela Copetti Cravo</i>	
1. Introdução	347

2. Natureza da portabilidade de dados.....	348
3. Fundamentos da portabilidade de dados.....	350
4. A portabilidade de dados na nova Lei.....	358
5. Considerações finais.....	362
6. Referências bibliográficas.....	363

Capítulo 13 – Direito ao Esquecimento e Proteção de Dados Pessoais na Lei 13.709/2018: distinções e potenciais convergências.....

Anderson Schreiber

1. A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o chamado direito ao esquecimento.....	367
2. O que é, afinal, o direito ao esquecimento?.....	370
3. Direito à eliminação de dados <i>versus</i> direito ao esquecimento.....	376
4. Conclusão: perspectivas para o direito ao esquecimento a partir da LGPD.....	380
Referências bibliográficas.....	383

Capítulo 14 – Os direitos de explicação e de oposição frente às decisões totalmente automatizadas: comparando o RGPD da União Europeia com a LGPD brasileira.....

Alexandre Veronese

1. Introdução.....	386
1.1. Dados e informações.....	386
1.2. Do processamento regular ao processamento ampliado (<i>Big Data</i>).....	389
2. O marco jurídico da União Europeia: o RGPD.....	395
2.1. A proteção em face de decisões automatizadas.....	397
2.2. O direito à oposição em face de decisões automatizadas.....	400
2.3. O direito à explicação sobre a lógica subjacente às decisões automatizadas.....	404
2.4. Procedimentos de controle sobre sistemas de decisão automatizados no RGPD.....	406
3. O marco jurídico brasileiro.....	409
4. Considerações finais.....	411
5. Referências.....	413

Capítulo 15 – Segurança e Sigilo dos Dados Pessoais: primeiras impressões à luz da Lei 13.709/2018.....

Carlos Affonso Pereira de Souza

1. Introdução.....	418
2. Segurança e sigilo de dados na legislação brasileira.....	419
3. O tratamento da segurança e do sigilo de dados na LGPD (arts. 46-49).....	423
3.1. <i>Privacy by design</i>	427
3.2. Incidentes de segurança e dever de notificação.....	430
3.2.1. O que são incidentes de segurança.....	430
3.2.2. Implementação de medidas de segurança pelos agentes de tratamento de dados.....	433
3.2.3. A notificação de incidentes de segurança.....	436
4. Conclusão.....	440
Bibliografia.....	440

PARTE II DIVERSOS TIPOS DE TRATAMENTO DE DADOS E QUESTÕES ESPECÍFICAS

Capítulo 1 – O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018.....

Carlos Nelson Konder

1. Introdução.....	445
2. Privacidade, identidade e não discriminação: a chave de leitura dos dados sensíveis.....	446
3. A qualificação de dados pessoais como sensíveis.....	452
4. Disciplina normativa aplicável ao tratamento de dados sensíveis.....	456
5. Considerações finais.....	460
6. Referências.....	460

Capítulo 2 – Tratamento de dados pessoais por “legítimo interesse do controlador”: primeiras questões e apontamentos.....

Daniel Bucar e Mario Viola

1. Introdução.....	466
2. Legítimo interesse do controlador: um breve contexto.....	468
2.1. Origem e controvérsias na legislação da União Europeia.....	468

2.2.	A “privacidade-instrumento” e o legítimo interesse do controlador no ordenamento jurídico brasileiro: fixação e lições preliminares.....	471
3.	A “ponderação de interesses”: provocações metodológicas e parâmetros de aplicação.....	474
3.1.	Quem controla o controlador?	474
3.2.	Afinal como ponderar? Uma proposição civil-constitucional.....	475
3.3.	Ponderação de interesses <i>stricto sensu</i> : pressupostos, <i>modus operandi</i> e alguns parâmetros	476
4.	Proposta aberta de sistematização dos conflitos: análise funcional da proteção de dados	477
4.1.	Conflito entre situações patrimoniais: a obrigação polarizada ao adimplemento	478
4.2.	O legítimo interesse existencial: autonomia privada, influência sobre terceiros	479
4.3.	Ponderação (ou superposição) das situações existenciais às patrimoniais?.....	480
5.	Conclusão	482
6.	Referências.....	483

Capítulo 3 – Primeiras impressões sobre o tratamento de dados pessoais nas hipóteses de interesse público e execução de contratos

Luciana Pedrosa Xavier, Marília Pedrosa Xavier e Mayara Guibor Spaler

1.	Introdução	486
2.	A proteção dos dados pessoais	490
3.	Análise dos requisitos para tratamento de dados	495
4.	Tratamento de dados pelo Poder Público.....	497
5.	Considerações finais	500
6.	Referências bibliográficas	502

Capítulo 4 – A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes.....

Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore

1.	Introdução	506
2.	O conteúdo do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na sociedade de informação	511

3.	O conteúdo da autoridade parental e dos dados pessoais da criança e do adolescente.....	517
4.	O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes.....	523
5.	Considerações finais	527
	Referências	528

Capítulo 5 – Proteção dos dados pessoais da pessoa com deficiência.....

Heloisa Helena Barboza, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira e Vitor Almeida

	Considerações iniciais.....	532
1.	Vulnerabilidade e privacidade: proteção no caso de deficiência	534
2.	Proteção dos dados pessoais da pessoa com deficiência	539
3.	Dados sensíveis médicos, discriminação e consentimento	549
	Considerações finais.....	556
	Referências	557

Capítulo 6 – Tratamento de dados para a concessão de crédito.....

Milena Donato Oliva e Francisco de Assis Viégas

1.	Introdução: impacto da LGPD no mercado de concessão de crédito	561
2.	Tratamento de dados para a formação de cadastros de inadimplentes: o cadastro negativo	566
3.	Tratamento de dados para a formação de histórico de crédito e atribuição de rating de crédito	576
3.1.	Cadastro positivo.....	576
3.2.	O sistema <i>credit scoring</i>	589
4.	Notas conclusivas	598

Capítulo 7 – A utilização econômica de rastreadores e identificadores on-line de dados pessoais.....

Aline de Miranda Valverde Terra e Caitlin Mulholland

	Introdução: um caso emblemático	602
1.	A proteção de dados e o conceito de autodeterminação informativa	604
2.	Dos <i>cookies</i> ao Google Analytics: o que são identificadores e rastreadores on-line.....	609

3.	<i>Data as the new oil</i> : precificação dos dados e o novo insumo da relação de consumo.....	615
4.	Considerações finais	617
5.	Bibliografia.....	618

Capítulo 8 – Transferência internacional de dados na Lei Geral de Proteção de Dados – Força normativa e efetividade diante do cenário transnacional

Angelo Gamba Prata de Carvalho

I.	Introdução	622
II.	A transferência internacional de dados na lei geral de proteção de dados brasileira	623
II.1.	Transferência internacional para países ou organismos internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na lei brasileira.....	625
II.2.	Garantias de cumprimento dos preceitos da LGPD.....	627
II.3.	Derrogações específicas.....	629
III.	<i>Exceptio probat regulam?</i> Percalços e perspectivas da garantia de proteção adequada na transferência internacional de dados.....	632
IV.	Considerações finais a um tema em aberto: projeto de construção da força normativa transnacional da LGPD	639
	Referências	642

Capítulo 9 – Fluxo de informação no âmbito dos grupos societários e proteção dos dados pessoais

Raul Murad e Rodrigo Requena

1.	Introdução	648
2.	Restrições ao compartilhamento de dados <i>intercompany</i>	654
3.	Potencialidades do grupo empresarial no tratamento de dados pessoais	661
4.	Gestão de dados pessoais e operações de reorganização societária ..	666
5.	Breves reflexões a respeito do possível impacto concorrencial provocado pelo compartilhamento de dados <i>intercompany</i>	668
6.	Conclusão	671
7.	Bibliografia.....	672

Capítulo 10 – Compliance de dados pessoais

Ana Frazão, Milena Donato Oliva e Vivianne da Silveira Abilio

I.	Introdução: características gerais da LGPD e o papel da concretização prática da tutela dos dados pessoais.....	677
II.	Breves considerações sobre função e conteúdo de programas de <i>compliance</i>	683
III.	<i>Compliance</i> de dados pessoais.....	693
IV.	À guisa de conclusão: complexidade, custos e necessidade de efetivo estímulo à adoção de programas de <i>compliance</i> de dados pessoais ..	711
V.	Referências.....	713

Capítulo 11 – A autoridade nacional de proteção de dados: origem, avanços e pontos críticos

Beto Vasconcelos e Felipe de Paula

1.	Introdução	718
2.	A relevância dos arranjos institucionais: por quais motivos se defendeu a criação de uma Autoridade Nacional e de um Conselho Nacional de Proteção de Dados?	721
3.	O debate no Executivo e a construção da autoridade nacional.....	724
4.	A tramitação legislativa.....	726
5.	O veto presidencial: a questão do vício de iniciativa.....	727
6.	A criação de Autoridade Nacional via Medida Provisória 869/2018: riscos envolvidos e oportunidades perdidas	731
7.	Conclusão	734
	Referências	736

Capítulo 12 – A tutela processual dos dados pessoais na LGPD

Andre Vasconcelos Roque, Bernardo Barreto Baptista e Henrique de Moraes Fleury da Rocha

1.	Introdução	742
2.	Competência para as medidas judiciais fundadas na LGPD	743
2.1.	Jurisdição do Poder Judiciário brasileiro (competência internacional)	743
2.2.	Competência doméstica	747
3.	Direito probatório e a LGPD	750
3.1.	Produção antecipada de prova.....	750

3.2. Ônus da prova na tutela de dados pessoais.....	752
4. Tutela coletiva dos dados pessoais	756
4.1. Categorias de direitos coletivos e a LGPD	757
4.2. Legitimados para a tutela coletiva de dados pessoais	765
4.3. Decisões estruturantes e a tutela coletiva de dados pessoais	767
5. Conclusão	770
6. Referências bibliográficas	771

Capítulo 13 – Repercussões do RGPD sobre a responsabilidade civil.....

777

Prof. Doutor A. Barreto Menezes Cordeiro, LL.M

1. Introdução	777
§ 1º Elementos	779
2. Ilícitude	779
3. Danos.....	780
4. Causalidade	783
§ 2º Sujeitos.....	784
5. Lesados	784
6. Agentes prevaricadores: enquadramento.....	786
7. A responsabilidade do responsável pelo tratamento.....	788
8. A responsabilidade do subcontratante.....	789
§ 3º Aspectos probatórios	790
9. O afastamento da culpa	790
10. Responsabilidade solidária e direito de regresso.....	791
2. Conclusões.....	793
Bibliografia	793

Capítulo 14 – Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência

797

Bruno R. Bioni e Laura Schertel Mendes

1. Introdução	798
2. Instrumentos de direito internacional e convergência regulatória: uma tensão permanente no campo da proteção de dados.....	799
3. LGPD vs RGPD: desafios e perspectivas para uma análise de equivalência.....	803

3.1. Divergência na técnica legislativa	803
3.2. LGPD vs GDPR: racionalidades regulatórias convergentes ..	805
3.2.1. FIPPs: práticas justas e direitos dos titulares como pilares	805
3.2.2. Racionalidade <i>ex-ante</i> de proteção	810
3.2.3. A guinada da <i>accountability</i>	812
3.2.4. Arranjo institucional: do texto frio da lei ao sistema de <i>enforcement</i>	815
3.2.5. Conclusão – Voltando ao básico: qual é o sentido de equivalência?	818
Bibliografia	819

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DONEDA, Danilo. Proteção da Privacidade na Era Digital. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2014. v. 1, p. 437-450.
- DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: Ana Carla Harmatiuk Matos. (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. v. 1, p. 44-77.
- DONEDA, Danilo. Privacidade e transparência no acesso à informação pública. In: MEZZARROBA, O.; GALINDO, F. (Org.). *Democracia eletrônica*. Zaragoza: Pressas Universitárias de Zaragoza, 2010, p. 179-216. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/lefis11-09.pdf]. Acesso em: 06.06.2019.
- DONEDA, Danilo; SCHERTEL MENDES, Laura. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do projeto de lei 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, p.35- 48, out-dez. 2016.
- FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, grandes dados e riscos para o direito da personalidade. In: TEPEDINO, GUSTAVO; MENEZES, Joyceanne Bezerra (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “Personalização” do Direito Administrativo. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, 26/1999, São Paulo, Maelheiros, p. 115-136.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Rev. e Atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- RODOTA, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAPÍTULO 8

Término do Tratamento de Dados

GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES¹ROSE MELO VENCELAU MEIRELES²

Sumário: 1. Introdução; 2. Término do tratamento de dados; 3. Direito ao esquecimento: distinção necessária; 4. Responsabilidade civil pelas operações de dados após o término do seu tratamento; 5. Considerações Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito à proteção dos dados pessoais nasce como direito de defesa perante o Estado, mas atualmente encontra alcance em todos os espaços, públicos e privados. Chegou-se a afirmar que o potencial ofensivo do tratamento de dados pessoais pode se igualar ou mesmo exceder aquele representado pelo

1. Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Professora dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da PUC-RJ, do CEPED/UERJ e da EMERJ. Advogada e parecerista.
2. Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Procuradora da UERJ. Advogada.

Estado.³ Importa assim, inicialmente, compreender qual o objeto dessa proteção. Os dados pessoais são projeções diretas da personalidade. Sendo assim, “qualquer tratamento de dados, por influenciar na representação da pessoa na sociedade, pode afetar a sua personalidade e, portanto, tem o potencial de violar os seus direitos fundamentais”.⁴ O tratamento de dados é conceituado no art. 5º, inciso X, da Lei 13.709/2018 (“Lei Geral de Proteção de Dados” ou “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.⁵

Trata-se, portanto, de situação das mais corriqueiras: cadastros *on line* e *off line*, *login* em redes sociais, compras no cartão de crédito, isto é, operações que sempre envolvem o fornecimento de algum dado pessoal (LGPD, art. 5º, inciso I), a exemplo do Cadastro de Pessoa Física (CPF), e-mail, número do cartão de crédito, endereço residencial ou número de telefone, registros eletrônicos gerados em catracas automatizadas, pedágios eletrônicos, câmeras, aparelhos de GPS, eletrodomésticos (a “internet das coisas”).

O tratamento de dados, entretanto, não transfere aos agentes de tratamento⁶ a titularidade dos dados. O titular será a “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento” (LGPD, art. 5º, inciso V). Por

3. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, Ed. RT, v. 13, out./dez. 2017. p. 4.
4. MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Ed. RT, v. 120, nov./dez. 2018. p. 22.
5. A LGPD define os principais termos utilizados na regulamentação da proteção dos dados pessoais.
6. De acordo com a LGPD, a cadeia de tratamento de dados pessoais encontra-se centralizada em dois agentes de tratamento (controlador e operador) que são definidos conforme as funções que desempenham. Enquanto o inciso VI do art. 5º da Lei estabelece que o controlador é “a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”, o inciso VII do mesmo artigo determina que o operador é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”.

serem aspectos da personalidade da pessoa humana, constituem situações subjetivas personalíssimas e intransmissíveis.

Desse modo, o tratamento de dados tem natureza ambulatoria, a depender de certas circunstâncias para a sua continuidade. Nessa seara, exsurge a questão do término do tratamento de dados. Se as operações realizadas com dados pessoais não transferem aos agentes de tratamento a titularidade dos mesmos, qual o limite para sua utilização?

2. TÉRMINO DO TRATAMENTO DE DADOS

A Lei 12.965/2018 (Marco Civil da Internet) previu a exclusão dos dados pessoais como um direito do usuário da internet no seu art. 7º, inciso X:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.

A finalidade do dispositivo é a de permitir ao usuário o controle das suas informações, conferindo-lhe o direito de solicitar a exclusão definitiva dos seus dados pessoais ao final da relação entre as partes, caso entenda conveniente.⁷ A previsão do Marco Civil da Internet traz dois aspectos fundamentais, repetidos na LGPD: i) o consentimento; e ii) a finalidade específica. A eficácia do consentimento condiciona-se à finalidade das operações envolvendo os dados pessoais. Dessa forma, atribui-se maior controle dos dados.⁸ O término do tra-

7. BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. A Lei 12.965/2014 – O marco civil da internet. *Revista de Direito das Comunicações*, São Paulo, Ed. RT, v. 7, jan./jun. 2014. p.11.
8. “Este consentimento pode ser concedido, basicamente, de duas maneiras: por meio do *opt-in* (sistema por meio do qual o titular tem de dar seu consentimento expressamente antes de haver a coleta e uso de dados) ou o *opt-out* (sistema por meio do qual o titular opta por não dar o consentimento, após coleta ou eventual uso dos dados)” (RIBEIRO, Juliana Tedesco Racy. Proteção dos dados pessoais no direito brasileiro. In: CASCAES, Amanda Celli et al. *Panorama legal sobre as relações de consumo no Brasil*. São Paulo: Singular, 2017. p. 89). O legislador brasileiro optou pelo sistema *opt-in*, conforme artigo 8º da LGPD.

tamento de dados pessoais (em geral) foi regulamentado nos artigos 15 e 16 da LGPD:

Art. 15. O término do tratamento de dados pessoais ocorrerá nas seguintes hipóteses:

I – verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada;

II – fim do período de tratamento;

III – comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento conforme disposto no § 5º do art. 8º desta Lei, resguardado o interesse público; ou

IV – determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto nesta Lei.

Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

I – cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

II – estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

III – transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou

IV – uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

O art. 15 da LGPD enuncia as hipóteses de término do tratamento de dados pessoais, que podem ser organizadas da seguinte forma: i) pelo esgotamento funcional da utilização dos dados; ii) pelo término do prazo; iii) pela autodeterminação do titular; e iv) por ilegalidade.

Uma das preocupações centrais da LGPD consiste na finalidade específica do tratamento de dados. O art. 6º da Lei enuncia os princípios da finalidade, da adequação e da necessidade, a nortearem as atividades de tratamento de dados. Ora, a realização do tratamento de dados deve ocorrer para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; de forma compatível ou adequada com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; e ainda no limite do mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados. Utiliza-se do princípio

da proporcionalidade, ou seja, o tratamento dos dados é protegido na medida em que o meio é adequado e necessário para o fim almejado.

Por um lado, tem-se o respeito à função (para que serve) do tratamento de dados. Assim, se a finalidade consiste em coleta de dados para acesso a conteúdos gratuitos de um *blog* ou jornal eletrônico, não podem os mesmos dados serem utilizados para envio de material de *marketing* não especificado. A finalidade pode ser continuada ou não. O tratamento de dados para uma compra *on line*, por exemplo, esgota-se com a finalização da própria compra, salvo se o titular autorizar o armazenamento dos dados para compras futuras. Por outro lado, caso o tratamento de dados esteja vinculado a lapso temporal, ao seu fim haverá o seu término, a obstar qualquer operação de dados pessoais. Pode-se afirmar assim que poderá haver um lapso funcional ou um lapso temporal, ao término dos quais devem ser finalizadas as operações dos dados pessoais respectivos.

As duas primeiras hipóteses decorrem do princípio do consentimento ou autodeterminação informativa, como foi nomeado na seara da proteção de dados. A finalidade e o tempo constituem limites estabelecidos pela autodeterminação. Para os fins da LGPD, considera-se consentimento a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (LGPD, art. 5º, inciso XII). Significa dizer que o consentimento desvinculado da finalidade ou tempo para o qual foi dado não é consentimento e, portanto, não merece proteção.

Veja-se, por exemplo, o consentimento oferecido quando criança para determinada pesquisa científica, sem estar ciente de todos os riscos inerentes. Nesse caso, os dados pessoais poderão ser mais tarde suprimidos, inclusive na internet. Por envolver direitos da personalidade, portanto, personalíssimos, ainda antes da maioridade, poder-se-á requerer o término do tratamento.⁹ Em contrapartida, a conservação dos dados pessoais ocorre em situações específicas, nas quais o legislador limitou a autodeterminação do sujeito para tutelar outro interesse que, sopesado com a autonomia, no caso concreto, haveria de prevalecer.

Ao mesmo tempo, a terceira hipótese consagra o que se chamou de princípio do consentimento qualificado.¹⁰ A respeito da importância do consentimento na

9. MENDES, Jorge Barros. O novo regulamento de proteção de dados. *Revista Luso-Brasileira de direito do consumo*, Curitiba, Bonijuris, v. 7, n. 27, set. 2017. p. 26.

10. Sobre o ponto, vide MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, passim.

disciplina dos atos de conteúdo não patrimonial, sublinha-se constantemente a exigência – mais que isso, a necessidade – de que o consento do autor do ato seja pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente, informado: características, essas, nem sempre requeridas com a mesma intensidade para a validade dos contratos, nos quais se registra uma impositação prevalentemente objetiva. Assim, o princípio do consentimento qualificado atribui à vontade interna do declarante uma relevância que nas situações patrimoniais não tem. Usa-se o termo qualificado a fim de evidenciar a maior importância dada à vontade subjetiva do declarante. Como corolário do princípio do consentimento qualificado, tem-se especialmente as seguintes consequências para o regulamento das situações jurídicas subjetivas existenciais: i) a vontade interna deve prevalecer sobre a declarada; ii) a manifestação de vontade é pessoal; e iii) a manifestação de vontade é revogável. A revogabilidade decorre do princípio do consentimento qualificado, sobretudo, quando da disposição resulte limitação ao exercício de direito da personalidade, pois somente a limitação voluntária é admissível. A revogabilidade do consentimento é marcante na LGPD, prevista como uma das hipóteses de término do tratamento de dados pessoais.

Finalmente, a quarta hipótese é a determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto na LGPD.

A eliminação é consequência do término do tratamento dos dados pessoais. Admite-se a sua conservação apenas para se alcançar as finalidades dispostas na Lei. Por ser regra de exceção, a interpretação deve ser restritiva, de molde a não admitir outras hipóteses, ainda que análogas. A primeira exceção é a conservação para o cumprimento de dever legal ou regulatório pelo controlador. Também para estudo em pesquisa científica os dados podem ser mantidos, garantida a anonimização. Veja-se, nesse caso, o exemplo da pesquisa clínica para desenvolvimento de novos medicamentos, cujos dados pessoais de determinado indivíduo não podem ser removidos do conjunto de dados da pesquisa sem afetar seu resultado estatístico e, portanto, a própria comprovação científica da eficácia e segurança do medicamento em fase de testes. Se os dados são transferidos a terceiros, da mesma forma, não há eliminação, desde que respeitados os requisitos para tratamento de dados. Por fim, não são eliminados os dados para uso exclusivo do controlador, condicionada à anonimização dos dados.

Não previu o legislador prazo para a conservação dos dados pessoais nas hipóteses do art. 16 da LGPD. O Marco Civil da Internet, por outro lado, determina a guarda de registros de acesso a aplicações de internet na provisão de aplicações, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de seis meses ou regulamento específico, por exemplo. Com efeito, na ausência de lap-

so temporal para a guarda desses dados pessoais, poder-se-ia aplicar o prazo previsto no Marco Civil da Internet¹¹ ou entender que não há limitação temporal.

Em síntese, a regra é a eliminação dos dados pessoais quando seu tratamento se encerra, nos moldes do referido art. 16 da LGPD. Trata-se de modelo que visa a diminuir os riscos do uso não autorizado ou indevido dos dados pessoais.

3. DIREITO AO ESQUECIMENTO: DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Alguns autores vinculam o direito de o usuário da internet, a partir do término do tratamento dos dados, ter os seus dados pessoais excluídos com o denominado direito ao esquecimento.¹² Assim parecem fazer com a finalidade de se extrair de uma expressa norma jurídica a possibilidade de proteção do direito ao esquecimento no âmbito virtual,¹³ tendo em vista que não há no ordenamento jurídico brasileiro disciplina específica que tutele tal proteção.¹⁴ No entanto, é necessário refletir se realmente o que se costuma buscar com a aplicação do chamado direito ao esquecimento no sistema jurídico brasileiro tem estrita relação com a necessidade de se excluir os dados pessoais do usuário após o término do tratamento desses dados, nos termos do previsto pelo Marco Civil da Internet e pela LGPD.

Apesar de não haver disciplina expressa no ordenamento jurídico nacional que tutele especificamente o denominado “direito ao esquecimento”, no Brasil, o seu reconhecimento é fruto de construções doutrinárias e jurisprudenciais. Principalmente por meio de uma interpretação axiológica dos direitos funda-

11. Nesse sentido, consulte-se RIBEIRO, Juliana Tedesco Racy. Op. cit., p. 89.
12. Nesse sentido: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. RT, v. 8, p. 511-543, ago. 2015; SILVA, Paula Jaeger da. Direito ao esquecimento: aumento do problemática com o advento da internet. *Revista Jurídica*, São Paulo, Síntese, n. 491, pp. 63-70, set. 2018; PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
13. Nessa linha: “De tais normas pode-se extrair uma possibilidade de proteção ao direito ao esquecimento no âmbito virtual, levando em consideração a ponderação que necessariamente é de ser feita tendo em vista o direito à informação” (SILVA, Paula Jaeger da. Op. cit., p. 70).
14. A vinculação também pode estar relacionada ao fato de o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados 2016/679 do direito europeu, que serviu de inspiração para a elaboração da LGPD, denominar, em seu art. 17, o direito do usuário da internet de ter os seus dados pessoais excluídos de “direito a ser esquecido”.

mentais previstos na Constituição Federal brasileira, em especial o da dignidade da pessoa humana, estabeleceu-se que existe um direito de não ser lembrado eternamente por equívocos pretéritos ou situações constrangedoras que digam respeito à vida privada do indivíduo. Trata-se, então, de um direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana, que consiste no direito de o sujeito impedir que sua memória pessoal seja revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros.¹⁵

O direito ao esquecimento surgiu como um aspecto da privacidade,¹⁶ com o principal objetivo de proteger o indivíduo da eterna circulação e divulgação pública de fatos pretéritos relacionados à sua vida privada que, de alguma forma, o impedissem de desenvolver livremente sua identidade pessoal. Também conhecido como “direito de estar só”, “direito de ser deixado em paz”, ou mesmo *right to be let alone*, no direito americano, e *derecho al olvido*, no direito espanhol, esse direito tornou-se uma das mais relevantes e indispensáveis formas de proteger a pessoa humana, pois permite que o indivíduo não tenha que suportar indefinidamente a divulgação de fatos ou informações passadas cuja lembrança indesejada seja também irrelevante para a coletividade e potencialmente comprometedor do seu livre desenvolvimento.

Objeto de análise pelos tribunais brasileiros, o direito ao esquecimento é normalmente reconhecido e examinado em situações trazidas por indivíduos que desejam se defender contra a publicidade de uma memória negativa ou constrangedora de fatos pretéritos de sua vida, cuja eterna divulgação se mostra capaz de impedir o livre e pleno desenvolvimento de sua identidade pessoal.¹⁷ A

15. Ressalta-se que a análise do direito ao esquecimento será casual, devendo-se examinar as peculiaridades do caso concreto, ponderando-se a utilidade informativa na divulgação da notícia com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida.

16. Acerca da compreensão desse direito, a doutrina explica que: “Surge, então, como desdobramento do direito à privacidade, o direito ao esquecimento que consiste na faculdade de se exigir a não publicização de fato relacionado ao titular, cujo interesse público esvaneceu-se pelo decurso dos anos. Há o choque entre o direito à privacidade e autodeterminação informativa com o direito de informação, em um contexto da passagem do tempo” (RAMOS, André de Carvalho. *Direito ao esquecimento e o controle indireto dos bancos de dados de consumo*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Ed. RT, v. 104, mar./abr. 2016. p. 141).

17. No Brasil, o direito ao esquecimento já foi objeto de análise por grande parte dos tribunais, nos quais costuma-se questionar seu reconhecimento nos âmbitos cível e penal, bem como o seu impacto na internet, especialmente em casos que tratam de pedidos de desindexação de páginas e conteúdos direcionados a provedores de aplicações. Em precedente emblemático, o STJ reconheceu o direito ao esquecimento

doutrina assim também aborda o campo de abrangência da proteção perseguida pelo direito ao esquecimento. Nesse sentido, Stefano Rodotà explica que

[...] o direito ao esquecimento apresenta-se como o direito de governar a própria memória, restituir a cada pessoa a possibilidade de se reinventar, de construir personalidade e identidade, libertando-se da tirania das gaiolas em que uma memória onnipresente e total quer cercar a todos.¹⁸

Como se pode observar, a proteção normalmente perseguida com a aplicação do direito ao esquecimento no sistema jurídico brasileiro refere-se à possibilidade de a pessoa humana se opor à recordação opressiva de determinados fatos perante a sociedade. Isso porque a reprodução de tais fatos dificulta o pleno desenvolvimento de sua identidade pessoal, por enfatizar, perante terceiros, aspectos de sua personalidade que não refletem mais a sua pessoa.

Sendo assim, a aplicação e a conceituação que se vem atribuindo propriamente ao chamado “direito ao esquecimento” não parece equiparar-se à específica situação da exclusão dos dados pessoais como efeito do término do tratamento de dados estabelecido tanto pelo Marco Civil da Internet quanto pela LGPD. Na jurisprudência, a aplicação do direito ao esquecimento no âm-

em caso envolvendo indivíduo absolvido pelo Tribunal do Júri por envolvimento na “Chacina da Candelária”, o qual reclamou reparação pelo direito de não ver seu nome incluído em programa de televisão que reconstituía a tragédia. Com base no direito ao esquecimento, o pedido de indenização do autor foi acolhido pelo Tribunal (STJ, 4ª T., REsp 1.334.097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013, *DJe* 10.09.2013). No âmbito virtual, diversos casos analisados pelo STJ envolvem pedidos de aplicação do direito ao esquecimento em buscadores de pesquisa da internet, isto é, pedidos de desindexação de informações constrangedoras ou que de alguma forma afetem o livre desenvolvimento da identidade pessoal do autor. Exemplificativamente: STJ, 3ª T., REsp 1.660.168/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 08.05.2018, *DJe* 05.06.2018; STJ, 3ª T., AgInt no REsp 1.599.054/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 25.04.2017, *DJe* 11.05.2017; STJ, 3ª T., AgInt no REsp 1.593.873/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.11.2016, *DJe* 17.11.2016.

18. RODOTÀ, Stefano. “*Dai ricordi ai dati l' oblio è un diritto?*”. Disponível em: [ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2012/01/30/dai-ricordi-ai-dati-oblio-un.html?ref=search&refresh_ce]. Acesso em: 01.03.2019. Tradução livre. No original: “*Il diritto all' oblio si presenta come diritto a governare la propria memoria, per restituire a ciascuno la possibilità di reinventarsi, di costruire personalità e identità affrancandosi dalla tirannia di gabbie nelle quali una memoria onnipresente e totale vuole rinchiudere tutti*”.

bito da internet é normalmente realizada para desindexar determinados termos ou frases de forma a dificultar o acesso a certas informações. Já a previsão de exclusão dos dados estabelecida pelo Marco Civil da Internet e pela LGPD foi feita para tornar total ou parcialmente indisponíveis, a depender do pedido, os dados pessoais de um usuário, independentemente de serem dados sensíveis ou não.

O direito ao esquecimento, tal qual vem sendo entendido pela jurisprudência, concentra-se no tratamento de fatos pretéritos que envolvem o indivíduo e na possibilidade desses fatos não serem objeto de uma eterna divulgação pública quando não haja qualquer interesse legítimo para tal permanência. Assim, os artigos 7º do Marco Civil da Internet e 16 da LGPD, ao tratarem do descarte e efetivo apagamento dos dados dos usuários, não parecem propriamente fazer referência ao direito ao esquecimento nos moldes de como esse direito é atualmente entendido e exercido na prática. O verdadeiro fundamento do direito ao esquecimento está na Constituição.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL PELAS OPERAÇÕES DE DADOS APÓS O TÉRMINO DO SEU TRATAMENTO

Salvo nas hipóteses previstas no art. 16 da LGPD, em que o legislador expressamente autoriza a conservação dos dados pessoais após o término de seu tratamento, o controlador deve descartá-los tão logo ocorra o encerramento do tratamento nos termos do art. 15 da LGPD. Se, após o término do tratamento, o controlador não descartar os dados pessoais, como determina a LGPD, ele poderá vir a ser responsabilizado, presentes os pressupostos da responsabilidade civil.

Na Seção II, sob o título “Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos”, a LGPD traz as principais regras de responsabilidade civil que irão reger as relações que envolvem tratamento de dados pessoais. Inspirada no Regulamento Europeu,¹⁹ a seção é composta por apenas quatro dispositivos (arts. 42 a 45) que, infelizmente, não deixam claro qual foi a espécie de responsabilidade adotada pelo legislador na LGPD, se objetiva ou subjetiva, sendo essa, aliás, uma das principais críticas dirigidas à LGPD.

19. MENDES, Laura Schertel; DONEDADanilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Ed. RT, v. 120, nov./dez. 2018. p. 469. Embora a Lei de Proteção de Dados brasileira não seja uma cópia fiel do GDPR, esse Regulamento foi especialmente muito relevante e serviu de inspiração a diversos dispositivos da lei nacional.

A LGPD deveria ter sido explícita em relação à natureza da responsabilidade, porque isso evitaria uma série de controvérsias que inevitavelmente vão surgir em razão dessa falta de clareza. Ao invés disso, limitou-se o legislador a estabelecer, nos artigos 42 e 43, o seguinte:

“Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I – o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II – os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

§ 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

§ 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente.

§ 4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso.

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

I – que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

II – que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou

III – que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Embora a LGPD seja recente, a partir da interpretação desses dispositivos, já se observa a formação de duas correntes. De um lado estão os defensores da responsabilidade objetiva, que argumentam, com base em analogia ao CDC, que a LGPD adotou o modelo de responsabilidade objetiva. De fato, a LGPD tem mesmo várias disposições que são inspiradas no CDC, a exemplo da possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova (art. 42, § 2º, da LGPD).

Além disso, o próprio texto do art. 43 da LGPD assemelha-se à redação do art. 12, § 3º, do CDC (e essa, por sua vez, é parecida com a do art. 14, § 3º, do CDC²⁰). As semelhanças são muitas, a começar pelo *caput* do art. 43 da LGPD, que é muito parecido com o § 3º do art. 12 do CDC, já que ambos começam com uma redação na negativa (“só não serão responsáveis quando”). O inciso III do art. 43 da LGPD é quase idêntico ao art. 12, § 3º, inciso III, do CDC, e o inciso I do art. 43 da LGPD é, no mínimo, inspirado no art. 12, § 3º, inciso I, do CDC. A analogia com o CDC é, portanto, compreensível, tanto mais se se considerar que muitas vezes a guarda dos dados integra o próprio serviço. Comparando-se os dois dispositivos, a diferença está, a nosso ver, no inciso II, cuja análise será feita mais à frente, sendo imprescindível para demonstrar a diversidade de regimes.

A favor da responsabilidade objetiva, argumenta-se, ainda, que o escopo da LGPD foi limitar o tratamento dos dados para diminuir o risco de vazamentos, considerando que o próprio tratamento de dados, em si, apresenta “risco intrínseco aos seus titulares”:

Essas limitações ao tratamento de dados, conjuntamente com a verificação de que a LGPD assume como regra a eliminação dos dados quando seu tratamento esteja encerrado (art. 16) e igualmente o aceno que faz em diversas oportunidades à necessidade de se levar em conta o risco presente no tratamento de dados, indicam que a Lei procura minimizar as hipóteses de tratamento àqueles que sejam, em um sentido geral, úteis e necessárias, e que mesmo essas possam ser limitadas quando da verificação de risco aos direitos e liberdades do titular de dados. Trata-se, dessa forma, de uma regulação que tem como um de seus fundamentos principais a diminuição do risco, levando-se em

20. CDC, 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. [...] § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

conta que o tratamento de dados apresenta risco intrínseco aos seus titulares.²¹

De outro lado, no extremo oposto, estão os defensores da responsabilidade subjetiva e da culpa como fundamento do regime estabelecido pela LGPD.²² Aqui também há vários argumentos consistentes. A estrutura da LGPD é toda pautada na criação de deveres. O legislador criou uma série de deveres de cuidado que devem ser seguidos pelo controlador e pelo operador, sob pena de virem a ser responsabilizados.

Assim, não faz muito sentido – nem do ponto de vista lógico, nem do jurídico – o legislador criar uma série de deveres de cuidado se não for para implantar um regime de responsabilidade subjetiva. Se o que se pretende é responsabilizar os agentes, independentemente de culpa de fato, não faz sentido criar deveres a serem seguidos, tampouco responsabilizá-los quando tiverem cumprido perfeitamente todos esses deveres. A lógica da responsabilidade objetiva é outra, completamente diferente: não cabe discutir cumprimento de deveres,²³ porque, quando se discute cumprimento de deveres, o que no fundo está sendo analisado é se o agente atuou ou não com culpa.

Apesar de a LGPD não ser explícita em relação à natureza da responsabilidade dos agentes de tratamento de dados, há na LGPD diversas pistas que, a

21. MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Op. cit., p. 473.

22. Em artigo sobre dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais, ainda que não analisando propriamente a natureza jurídica da responsabilidade civil, ao examinar um caso específico, que tratou de uma falha de segurança no tratamento de dados ocasionando a divulgação de hábitos sexuais de doadores de sangue, Caitlin Sampaio Mulholland utiliza a expressão “ato ilícito”. Pode-se inferir, a partir desse trecho, então, que a opinião da autora é no sentido de que a lei adotou o regime da responsabilidade subjetiva. Nas palavras da autora, no caso analisado, haveria “uma evidente violação no dever de segurança no tratamento de dados, caracterizando um ato ilícito” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de Direitos Fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Estado de Direito e Tecnologia*, edição temática, Vitória, FDV publicações, v. 19, set./dez. 2018. p. 175-176).

23. A doutrina explica, no que se refere à responsabilidade objetiva, que sua concretização “independe completamente de negligência, imprudência, imperícia ou mesmo da violação de qualquer dever jurídico por parte do agente. São danos (injustos) causados por atos lícitos, mas que, segundo o legislador, devem ser indenizados” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, v. 854, dez. 2006. p. 25 – grifou-se).

nosso ver, levam à conclusão de que o regime adotado pela LGPD, como regra, foi mesmo o da responsabilidade subjetiva.

A primeira pista é o próprio histórico de tramitação do Projeto de Lei que deu origem à LGPD, que mostra a opção do legislador pela responsabilidade subjetiva. A versão inicial do PL 5.276 trazia no Capítulo sobre “Transferências internacionais de dados”, uma regra geral expressa de responsabilidade solidária e objetiva desses agentes pelos danos causados em virtude do tratamento de dados (art. 35). Além disso, na Seção sobre “Responsabilidade e Ressarcimento de danos”, havia uma abordagem ampla sobre os sujeitos obrigados a reparar o dano (“todo aquele que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais causar a outrem dano”) (art. 42), e outra regra igualmente ampla prevendo a solidariedade entre todos os agentes da cadeia de tratamento, sem qualquer distinção entre controlador e operador:

[...] [n]os casos que envolvem a transferência de dados pessoais, o cessionário ficará sujeito às mesmas obrigações legais e regulamentares do cedente, com quem terá responsabilidade solidária pelos danos eventualmente causados (art. 44).

Diferentemente desse primeiro texto, todas as versões subsequentes do Projeto, até a versão finalmente sancionada da LGPD, passaram a não mais mencionar, como regra geral, um regime de solidariedade ou objetividade na responsabilidade pelos danos decorrentes do tratamento de dados pessoais. A referência expressa à responsabilidade objetiva foi completamente eliminada do texto legal.

A segunda pista é o fato de a LGPD ter todo um capítulo dedicado a “segurança e boas práticas”. Trata-se do capítulo VI, que é dividido em duas seções: (i) Seção I – Da segurança e do sigilo de dados; e (ii) Seção II – Das Boas Práticas e da Governança. Nessas seções, a LGPD criou uma série de deveres que devem ser observados pelos agentes de tratamento de dados, estabelecendo verdadeiro *standard* de conduta que deve ser seguido pelos agentes de tratamento de dados, chegando mesmo ao ponto de determinar, na Seção II, que os agentes poderão, no âmbito de suas competências, traçar as normas de boas práticas e de governança. Também na Seção II é possível notar a preocupação do legislador com a conduta dos agentes, assim como com o cumprimento de programas, políticas internas, procedimentos, mecanismos de supervisão (internos e externos), padrões técnicos etc.

Tudo isso está a indicar que, na sistemática da lei, o modelo adotado foi o da responsabilidade subjetiva, pelo menos como regra geral. Afinal, por qual ra-

zão o legislador teria imposto tantos deveres e fixado um padrão de conduta se fosse para responsabilizar os agentes, independentemente de terem agido ou não com culpa?

O próprio art. 6º da LGPD, ao estabelecer os princípios que deverão ser observados nas atividades de tratamento de dados, elegeu como princípios a “responsabilização” e a “prestação de contas”. Segundo o art. 6º, inciso X, da LGPD, os agentes deverão demonstrar a “adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”. Do ponto de vista do controlador, do que adianta “prestar contas”, se, ao final, se houver incidente, por mais diligente que tenha sido, ele será responsabilizado da mesma forma e independentemente de culpa?²⁴

Ao criar verdadeiro *standard* de conduta, a LGPD se aproximou mais do regime de responsabilidade fundado na culpa. Afinal, a noção atual de “culpa” envolve mesmo a análise dos *standards* de conduta socialmente aceitos. Nos últimos tempos, a noção clássica de culpa cedeu lugar para um conceito mais objetivado, que tem sido designado de culpa normativa. A culpa passou a ser analisada a partir da ideia de desvio de conduta, que leva em conta apenas o comportamento exigível diante das especiais circunstâncias do caso concreto.²⁵ Por outras palavras: significa dizer que não se investiga mais o direcionamento da vontade do agente para o descumprimento da ordem jurídica em termos abstratos, mas, sim, a sua adequação (ou não) ao padrão de comportamento esperado naquelas circunstâncias concretas.

A LGPD parece indicar qual é o padrão de conduta socialmente esperado – o *standard* – que deve ser seguido pelos agentes de tratamento de dados, sob

24. A prestação de contas é normalmente exigida de quem age por conta e/ou em nome de outrem (a exemplo, do mandatário, do administrador, do tutor, do curador etc.), a fim de que se possa averiguar se o agente está observando todos os seus deveres legais (e contratuais, se for o caso), e a sua responsabilidade costuma seguir o modelo subjetivo.

25. Nesse sentido, explica-se o seguinte: “O conceito de culpa também se encontra em estado de indefinição no atual direito da responsabilidade civil. Originalmente, culpa era apenas a situação contrária ao direito, porque negligente, imprudente, imperita ou dolosa, que acarretava danos aos direitos de outrem. Modernamente, todavia, diversos autores abandonaram esta conceituação, preferindo considerar a culpa o descumprimento de um *standard* de diligência razoável, diferenciando esta noção, dita ‘normativa’ ou ‘objetiva’, da outra, dita ‘psicológica’” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Op. cit., p. 21, nota de rodapé 48).

pena de virem a ser responsabilizados. Tais profissionais precisam adotar uma série de medidas de segurança e mesmo preventivas. Se ocorrer algum incidente, a sua conduta não será examinada apenas no plano abstrato, mas, sim, em concreto, avaliando-se também o que tais agentes fizeram para evitar o dano e mesmo para conter os seus efeitos e, quando possível, remediá-los.

Para além disso, há ainda uma terceira pista na LGDP, que aponta para o regime de responsabilidade subjetiva: o inciso II do art. 43. De acordo com esse dispositivo, os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem, entre outros fatores, “que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados”. Ao contrário dos incisos I e III do art. 43, que nitidamente se referem à relação de causalidade, o inciso II remete à ideia de culpa como fundamento da responsabilidade civil e sua redação é diferente da empregada pelo legislador no art. 12, § 3º, inciso II, do CDC.

No inciso I do art. 43, o legislador isenta de responsabilidade os agentes que provarem que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído. Essa excludente de responsabilidade está, nitidamente, afastando o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano. Como se refere à relação causal, é excludente que poderia existir ainda que a responsabilidade consagrada pela LGPD fosse a objetiva. É muito parecida com a hipótese prevista no art. 12, § 3º, inciso I, do CDC, que exclui a responsabilidade do fornecedor que provar “que não colocou o produto no mercado”.

No inciso III do art. 43, o legislador isenta de responsabilidade os agentes que provarem “que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro”. Embora o legislador tenha usado a expressão “culpa exclusiva”, quando há fato exclusivo da vítima, ensina a doutrina que “o agente que causa diretamente o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo, realmente, falar em liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo por aquela experimentado”.²⁶ A conduta da vítima absorve totalmente a atuação do agente, que funcionará como mera ferramenta na produção do evento danoso.²⁷

26. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. p. 165.

27. Não se trata, em realidade, de culpa exclusiva da vítima, mas de ato ou fato exclusivo da vítima, conforme observa Aguiar Dias: “Admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pela qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso. É fácil de ver a vantagem que resulta de

A “culpa exclusiva da vítima” é, portanto, uma excludente de responsabilidade civil que interfere no liame que vincula a conduta do agente ao dano. Dessa forma, até mesmo na responsabilidade civil objetiva, com essa excludente, o agente fica isento do dever de indenizar. Isso é assim porque, embora a responsabilidade objetiva independa de culpa, a ação exclusiva da vítima afeta, frise-se, o nexo causal que a associa ao dano. Exatamente por isso, faz todo sentido que a “culpa exclusiva do consumidor” também constitua causa de exclusão da obrigação de indenizar do fornecedor, tanto na responsabilidade pelo fato do produto (art. 12, § 3º, inciso III, do CDC) quanto na responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14, § 3º, inciso II, do CDC), mesmo o CDC tendo adotado o modelo objetivo.

Diferentemente dos incisos I e III do art. 43 da LGPD, o inciso II nada tem a ver com nexo de causalidade. No inciso II do art. 43, o legislador isenta de responsabilidade os agentes que provarem “que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados”. Aqui está, a nosso ver, a pista mais importante que indica o regime adotado pela LGPD em matéria de responsabilidade civil.

Nesse inciso II, o legislador afirma, a grosso modo, que, ainda que exista nexo causal entre a conduta do agente e o dano, se ele conseguir provar que cumpriu todos os deveres impostos pela LGPD, tomando as medidas de segurança recomendadas (cumprindo programas, políticas internas, procedimentos, mecanismos de supervisão, internos e externos, padrões técnicos etc.), não será responsabilizado. Nessas circunstâncias, o agente terá demonstrado que

tal concepção, mais ampla que a da simples culpa, mediante um simples exemplo. Não responde, decerto, uma empresa de carris urbanos, pela morte do indivíduo que se atira voluntariamente sob um bonde. Aí, é possível menção à culpa da vítima. Suponhamos, entretanto, que esse indivíduo é louco. Não se pode cogitar de culpa de louco. Mas, por isso, responderá a empresa, quando o fato foi de todo estranho a sua atividade? É claro que não” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2. p. 693-694). Além disso, “referir-se à culpa da vítima já revela imprecisão técnica, pois a culpa supõe um ato ilícito para outrem” (MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 327). No mesmo sentido: LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1973. t. III. p. 718. A expressão “culpa exclusiva da vítima” é imprópria, sobretudo, porque confunde dois elementos da responsabilidade civil absolutamente distintos: culpa e nexo causal. Quando ocorre “culpa exclusiva da vítima”, a responsabilidade do agente é afastada por falta de nexo causal entre a sua conduta e o dano. Nesse sentido, seja-nos consentido citar: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 165-176.

observou o *standard* esperado e, se o incidente ocorreu, não foi em razão de sua conduta culposa.

O inciso II reflete, portanto, o regime subjetivo de responsabilidade, adotado pela LGPD, porque está intrinsecamente vinculado ao elemento culpa e, exatamente por isso, sua redação *não* se assemelha à do CDC. Enquanto o CDC isenta de responsabilidade o fornecedor que demonstrar que o defeito inexistiu, que é um parâmetro mais objetivo, a LGPD exige do dever de indenizar o agente de tratamento que não tiver violado a lei.

Em relação aos incidentes envolvendo dados sensíveis,²⁸ até é possível cogitar-se da aplicação da responsabilidade objetiva, mas não com fundamento no art. 43 da LGPD, que, a nosso ver, revela a adoção do modelo subjetivo. É que, no caso específico dos dados sensíveis, a própria atividade dos agentes de tratamento pode enquadrar-se na cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, segundo o qual

[...] 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.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil trouxe para o nosso sistema verdadeira cláusula geral de responsabilidade objetiva, já que a sua redação indica que a responsabilidade na hipótese ali referida é independentemente de culpa. Embora inspirado no ordenamento português (art. 493, “2”, do Código Civil português) e no italiano (art. 2.050 do Código Civil italiano), o legislador brasileiro foi bem além: não previu apenas um sistema intermediário de presunção de culpa, mas, antes, autêntica cláusula geral de responsabilidade objetiva.

De acordo com o art. 493, “2”, do Código Civil português,

[...] [q]uem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.”

28. Segundo o art. 5º, inciso II, da LGPD, considera-se dado pessoal sensível “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

De forma parecida, o art. 2.050 do Código Civil italiano estabelece que

“[...] [q]ualquer um que cause dano a outros no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado ao ressarcimento se não provar ter adotado todas as medidas idôneas a evitar o dano.”

Tanto no sistema português quanto no italiano, se o agente conseguir demonstrar que “empregou todas as providências exigidas” (redação do Código português) ou adotou “todas as medidas idôneas a evitar o dano” (redação do Código italiano), ele se exime do dever de indenizar. Afirma-se, por isso mesmo, que não há nesses sistemas uma cláusula geral de risco (cláusula geral de responsabilidade objetiva), mas apenas um sistema intermediário de presunção de culpa. Presume-se a culpa do agente, mas essa pode ser afastada se ele conseguir demonstrar que observou o *standard* de conduta esperado, empregando medidas idôneas para evitar o dano. A presunção é, portanto, relativa.

Comparando-se o parágrafo único do art. do art. 927 do Código Civil com esses dispositivos, é fácil perceber a diferença. No nosso sistema, o agente não se exime do dever de indenizar nem mesmo se ele comprovar que empregou os melhores recursos disponíveis no mercado para evitar o dano, porque a responsabilidade estabelecida no parágrafo único do art. do art. 927 do Código Civil é objetiva e, portanto, não pode ser afastada nem mesmo com a demonstração de que o agente atuou da melhor forma possível. Afinal, não se discute culpa na responsabilidade objetiva.

A referida norma retirou a condição excepcional até então atribuída à responsabilidade objetiva (quer dizer, retirou o caráter *ex lege* da responsabilidade objetiva, que só podia ser aplicada com previsão legal que a justificasse). Como em toda cláusula geral, o legislador também se valeu de conceitos jurídicos indeterminados na redação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a exemplo da expressão “atividade normalmente desenvolvida” que implicar, “por sua natureza”, risco para os direitos de outrem.

A doutrina tem, então, buscado parâmetros para definir, afinal, quais seriam as atividades que, por sua natureza, poderiam implicar risco para os direitos de outrem. Como a expressão também é usada no Código Civil italiano e no Código Civil português, a experiência comparada serve como bom campo de pesquisa. Na Itália, costuma-se adotar dois critérios: (i) o primeiro calcado numa perspectiva quantitativa; e (ii) o segundo numa ideia mais qualitativa. Veja-se, nesse sentido, a explicação de Maria Celina Bodin de Moraes:

E o que será uma atividade de risco? Atividades que 'por sua natureza' geram risco para os direitos de outrem são as *atividades perigosas*. A propósito, a doutrina italiana adota comumente dois critérios para definir as atividades perigosas, previstas pelo art. 2.050 do CCi. São eles: i) a quantidade de danos habitualmente causados pela atividade em questão; ii) a gravidade de tais danos. A atividade é considerada perigosa, portanto, quando, do ponto de vista estatístico, causa danos quantitativamente numerosos e qualitativamente graves. Esses critérios, a serem aproveitados em nosso ordenamento, criam um *standard* flexível que será definido, pela inter-relação desses dois elementos: a magnitude do dano e sua probabilidade.²⁹

A primeira pergunta que se põe, então, é a seguinte: a atividade desenvolvida pelos agentes de tratamento que lidam, em seu dia a dia, com dados sensíveis gera muitos danos (ponto de vista quantitativo)? E a segunda: quando ocorrem incidentes, os danos gerados costumam ser graves? Há também outros indícios que podem ser considerados, como alerta Maria Celina Bodin de Moraes: a atividade é regulada? Depende de autorização? O prêmio do seguro é alto? Além disso, segundo a autora, "estatísticas deverão ser utilizadas para a especificação daquelas atividades que, com maior frequência, ensejam acidentes".³⁰

Enfim, tudo isso deverá ser observado para se analisar se a atividade desenvolvida pelos agentes de tratamento que lidam com dados sensíveis deverá ou não se enquadrar como atividade de risco para efeito do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Aqui é importante lembrar que o próprio tipo de tratamento pode variar muito, já que a LGPD define tratamento como "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".

Assim, excepcionalmente, é possível que, dependendo do tipo de tratamento e dos dados a serem tratados (dados sensíveis), a atividade venha a ser considerada de risco. Essa parece ser a única brecha que existe para aplicação da responsabilidade objetiva nesses incidentes, mas isso não muda o fato de que o modelo de responsabilidade civil adotado pela LGPD foi o subjetivo.

29. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Op. cit., p. 28, destaque nosso.

30. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Op. cit., p. 29.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A LGPD tem a finalidade de permitir o controle do tratamento de dados pessoais pelo próprio titular, eis que o consentimento desse não implica transferência da titularidade dos dados para os agentes de tratamento, que passam a ter limites. O art. 15 da Lei enuncia as hipóteses de término do tratamento de dados pessoais, que podem ser organizadas da seguinte forma: i) pelo esgotamento funcional da utilização dos dados; ii) pelo término do prazo; iii) pela autodeterminação do titular; e iv) por ilegalidade. Em síntese, a regra é a eliminação dos dados pessoais quando seu tratamento se encerra, nos moldes do art. 16. Trata-se de modelo que visa a diminuir os riscos do uso não autorizado ou indevido dos dados pessoais.

O término do tratamento dos dados pessoais não se confunde com a tutela do chamado "direito ao esquecimento". Esse concentra-se no tratamento de fatos pretéritos que envolvem o indivíduo e na possibilidade desses fatos não serem objeto de uma eterna divulgação pública quando não haja qualquer interesse legítimo para tal permanência. A eliminação dos dados pessoais, por manifestação de vontade do titular, independe de qualquer motivação, eis que a revogação do consentimento retira a legitimidade do tratamento dos dados. Assim, os artigos 7º do Marco Civil da Internet e 16 da LGPD, ao tratarem do descarte e efetivo apagamento dos dados dos usuários, não parecem propriamente fazer referência ao direito ao esquecimento nos moldes de como esse direito é atualmente entendido e exercido na prática, cujo fundamento é extraído da própria Constituição Federal.

Uma vez que o término do tratamento de dados não é seguido da sua eliminação, há de se verificar a repercussão na seara da responsabilidade civil. Observa-se, desde já, a existência de dois posicionamentos, opostos, quanto à natureza da responsabilidade civil, se objetiva ou subjetiva. A leitura sistemática da LGPD parece indicar pistas segundo as quais a responsabilidade seria subjetiva. Isso porque, além de outros argumentos, a norma impõe, por meio da previsão de deveres específicos, um padrão de conduta socialmente esperado – o *standard* –, que deve ser seguido pelos agentes de tratamento de dados, sob pena de virem a ser responsabilizados.

Em relação aos incidentes envolvendo dados sensíveis, contudo, cogita-se a aplicação da responsabilidade objetiva, mas não com fundamento no art. 43 da LGPD. No caso específico dos dados sensíveis, a própria atividade dos agentes de tratamento pode enquadrar-se na cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Assim, excepcionalmente, é possível que, dependendo do tipo de tratamento e dos dados a

serem tratados (dados sensíveis), a atividade venha a ser considerada de risco. Essa parece ser a única brecha que existe para aplicação da responsabilidade objetiva nesses incidentes, mas isso não muda o fato de que o modelo de responsabilidade civil adotado pela LGPD foi o subjetivo.

Ainda outras questões podem surgir no enfrentamento do tema, que permanecem em aberto, a exemplo dos dados pessoais em sistema de dados corporativos (e-mails corporativos, imagens de pessoal em atividades da empresa, cópias de documentos e exames médicos em posse de empregadores) que, sem dúvida, interessam à pessoa humana, mas, também, à atividade corporativa pública ou privada; ou mesmo a possibilidade de se manterem os dados pessoais enquanto não consumado eventual prazo prescricional, por serem necessários à produção de qualquer defesa de direitos ou prova do cumprimento de obrigações. Demonstra-se, assim, que a LGPD iniciou necessária e contínua discussão sobre o tempo e o tratamento dos dados pessoais.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2.
- BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. A Lei 12.965/2014 – O marco civil da internet. *Revista de Direito das Comunicações*, São Paulo, Ed. RT, v. 7, jan./jun. 2014.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, v. 854, dez. 2006.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, Ed. RT, v. 13, out./dez. 2017.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. RT, ago. 2015. v. 8.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1973. t. III.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MENDES, Jorge Barros. O novo regulamento de proteção de dados. *Revista Luso-Brasileira de direito do consumo*, Curitiba: Bonijuris, n. 7, v. 27, set. 2017.
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Ed. RT, v. 120, nov./dez. 2018.
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Ed. RT, v. 120, nov./dez. 2018.
- MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de Direitos Fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Estado de Direito e Tecnologia*, edição temática, Vitória, FDV publicações, v. 19, set./dez. 2018.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei 13.709/2018*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- RAMOS, André de Carvalho. Direito ao esquecimento e o controle indireto dos bancos de dados de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 104, São Paulo, Ed. RT, mar./abr. 2016.
- RIBEIRO, Juliana Tedesco Racy. Proteção dos dados pessoais no direito brasileiro. In: CASCAES, Amanda Celli et al. *Panorama legal sobre as relações de consumo no Brasil*. São Paulo: Editora Singular, 2017.
- RODOTÀ, Stefano. *Dai ricordi ai dati l' oblio è un diritto?*. Disponível em: [ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2012/01/30/dai-ricordi-ai-dati-oblio-un.html?ref=search&refresh_ce]. Acesso em: 01.03.2019.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.
- SILVA, Paula Jaeger da. Direito ao esquecimento: aumento do problemática com o advento da internet. *Revista Jurídica*, São Paulo, Síntese, n. 491, set. 2018.